

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

APPLICATION

DE LA

LOI DU 28 MARS 1885

EN MATIÈRE DE

CONTRAT DIRECT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 28 Octobre 1912, à 3 heures

PAR

MAURICE COLLET

Président : M. WAHL, professeur.

Suffragants : { MM. JACQUELIN, professeur.
CARPENTIER, professeur.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1912

THESE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

APPLICATION
DE LA
LOI DU 28 MARS 1885

EN MATIÈRE DE

CONTRAT DIRECT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 28 Octobre 1912, à 3 heures

PAR

MAURICE COLLET

Président : M. WAHL, professeur.

*Suffragants : { MM. JACQUELIN, professeur.
CARPENTIER, professeur.*

PARIS

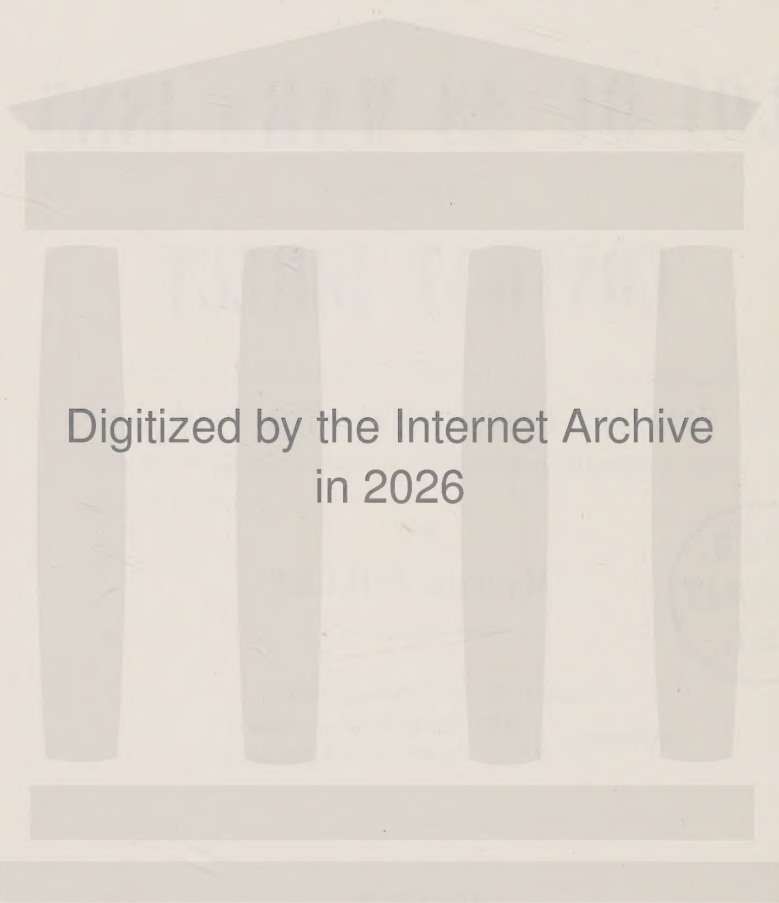
A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, RUE SOUFFLOT, 13

1912





Digitized by the Internet Archive
in 2026

APPLICATION
DE LA LOI DU 28 MARS 1885
EN MATIÈRE DE CONTRAT DIRECT

INTRODUCTION

Problèmes soulevés par le contrat direct.

1. — Le contrat direct a subi une crise, aussi bien dans la doctrine que devant les tribunaux. La crise n'est pas seulement d'origine juridique ; les principes du mandat de la commission ou de la vente directe ne sont pas seuls en jeu. Comme toujours et au fond de tous les problèmes juridiques, on y trouve l'éternel débat entre l'organisation, l'interventionnisme et l'autonomie de la volonté des parties.

**

2. — Il y a, dans la tendance actuelle de la jurisprudence, certainement des préoccupations d'équité et de justice. Voici le raisonnement que se font les tribunaux : Les opérations de Bourse impliquent des connaissances plus ou moins précises du jeu de la loi

de l'offre et de la demande. C'est surtout à la Bourse que cette loi joue, qu'elle est particulièrement sensible, qu'elle subit toute espèce de fluctuations et que la volonté du plus fort, quand elle n'est pas surveillée, peut s'imposer au plus faible.

A la Bourse, se rencontrent deux catégories de gens nettement tranchées. D'une part, le banquier, le professionnel, celui qui fait de la spéculation son métier, qui la pratique tous les jours et en connaît toutes les finesses, toutes les ruses. Il y a, d'autre part, en second, le naïf, le rentier qui cherche un placement pour ses économies. Dans le choc de ces deux volontés, de ces deux forces, le plus faible est forcément vaincu.

3. — Est-il nécessaire de faire intervenir l'Etat pour protéger le faible qui n'est souvent qu'un individu qui cherche de gros revenus ? Cette protection doit-elle s'étendre à toute espèce de valeurs ? Faut-il exiger des conditions de validité particulières pour les opérations de Bourse, prescrire des types de contrats avec des clauses prévues et réglementées ?

On peut discuter longuement la question en théorie. En fait, en France, les pouvoirs publics sont intervenus et ont organisé par des textes particuliers le marché dit officiel dont les agents de change ont le monopole, quand il s'agit d'une certaine catégorie de

valeurs et notamment pour la rente, et surtout pour les valeurs admises à la cote officielle. Mais si le marché officiel subit une réglementation précise, le marché libre y échappe. Sans doute, la jurisprudence, peu à peu, applique aux opérations du marché libre les mêmes règles, les mêmes usages, par exemple en ce qui concerne la liquidation, le report, etc., etc. Sans doute encore, le marché libre, à l'image du marché organisé, est divisé en syndicats, avec des chambres disciplinaires, avec une certaine responsabilité, mais le principe reste debout quand même, et seul le marché officiel fait l'objet d'une organisation législative. Aussi, devant les abus de la spéculation, la jurisprudence, faisant une œuvre prétorienne, a-t-elle essayé de suppléer à l'insuffisance de la loi en faisant prévaloir un principe d'après lequel les ordres de Bourse doivent être exécutés par voie de mandat, c'est-à-dire que le banquier, saisi d'un ordre d'achat ou de vente, doit se borner à remplir le rôle d'un intermédiaire. Il doit être l'agent passif, le simple exécuteur de la loi de l'offre et de la demande. A côté de lui, en dehors de lui, indépendamment de lui, se rencontrent, comme dans un champ clos, à certaines heures, des acheteurs et des vendeurs ; ils se servent de lui pour donner des ordres ou les porter au marché, mais il ne doit pas personnellement peser sur la loi de l'offre et de la demande ; il doit

se contenter de transmettre les ordres reçus, sans avoir la moindre prétention de troubler, par son intervention, le jeu libre et normal de la loi de l'offre et de la demande. Et c'est dans cette espèce d'objectivisme impersonnel de l'intermédiaire que les tribunaux voient le maximum de garantie. Ce n'est qu'alors, pensent-ils, qu'il n'y aura pas d'opposition d'intérêts entre le banquier et le donneur d'ordres, d'où la tendance générale à exiger qu'en principe, tous les ordres s'exécutent au marché.

L'unité du marché, unité quant au temps et quant au lieu, devient la grande préoccupation des juges. Quant au contrat direct, on s' imagine qu'il favorise plutôt une opposition d'intérêts entre le client et le banquier. Là où l'un gagne, l'autre perd. Le banquier, s' imagine-t-on, peut peser sur les cours, intercepter les ordres reçus, les jeter en masse au contraire, après les avoir concentrés entre ses mains, pour déterminer une hausse ou une baisse, suivant l'intérêt qu'il a. Avec ce parti pris de voir dans le contre-partiste le banquier qui s' embusque pour dépouiller son client, on arrive vite à une tendance qui devient presque irrésistible et qui exige que tous les ordres, en matière d'opération de Bourse, soient portés à la Bourse, ce qui se traduira par une fluctuation plus ou moins grande imprimée à la loi de l'offre et de la demande.

4. — Toutes les considérations que nous venons de développer peuvent être certainement contestées. Il n'est pas exact de dire que le maximum de protection se trouve dans le jeu libre de la loi de l'offre et de la demande, dans l'abstention calculée et obligatoire de l'intermédiaire. Ceux qui suivent de près les opérations de Bourse savent très bien combien l'esprit d'initiative de l'agent intermédiaire peut faire gagner à son client. C'est précisément dans le mandat exécuté à la Bourse que l'agent intermédiaire a à remplir un rôle extrêmement délicat, que sa personnalité joue un rôle des plus importants. Il est difficile de l'enchaîner à des règles fixes et précises. Les ordres à des cours limités, aux premiers et aux derniers cours, s'exécutent difficilement, ne sont pas toujours exécutés et ne sont pas toujours conformes aux intérêts des donneurs d'ordres.

Il semble que, dans cette conception, on est quelque peu dominé par l'idée qu'avaient les physiocrates de la loi de l'offre et de la demande qui est l'expression de la raison droite : l'évidence philosophique réalisant l'ordre naturel des choses. Cette conception métaphysique de la loi de l'offre et de la demande ne répond pas à la réalité. Il n'y a point, à la Bourse, une seule loi de l'offre et de la demande ; il y a des séries d'offres et de demandes qui s'entre-croisent dans tous les sens, qui marquent des moments diffé-

rents dans la spéculation. Il y a plusieurs cours à la Bourse, on peut jouer à la tendance. Il y a des spéculateurs qui réalisent des différences au cours d'une même séance ; il suffit de peu de choses pour déranger la soi-disant infaillible loi de l'offre et de la demande. Il suffit d'un seul ordre pour déterminer un premier cours. Il peut y avoir une opération unique exécutée à un cours qui figure à la cote. Il y a une telle gamme, une telle série de nuances dans les différents cours qui se succèdent au cours d'une séance à la Bourse qu'au fond, dire que la loi de l'offre et de la demande doit seule déterminer les cours, c'est dire quelque chose qui paraît très simple et qui, au fond, est très compliqué, car cela fait allusion à des causes multiples et variées qui peuvent déterminer la succession des cours sur laquelle la volonté d'un intermédiaire peut difficilement exercer une influence efficace.

D'autre part, si la loi qui organise la Bourse officielle veut que toutes les transactions se produisent dans un local déterminé, à des heures fixes et précises, cette loi ne déclare pas que toutes les transactions, que toutes les négociations, toutes les mutations qui portent sur des valeurs de Bourse passent forcément par l'intermédiaire obligé d'un agent de change, d'un coulissier ou d'un banquier. Les notaires interviennent également dans ces mutations de

propriétés, et, d'ailleurs, rien n'empêche les particuliers de vendre directement, de la main à la main.

★★

5. — Quand on va au fond des choses, on se rend bien compte que c'est la concurrence du marché officiel avec le marché libre qui a déterminé la jurisprudence à limiter de plus en plus le domaine du contrat direct.

On sait que l'article 76 du code de commerce, qui détermine le domaine des agents de change, a fait l'objet de longues controverses d'ordre pénal. Quelles sont les valeurs admises à la cote officielle ? Quelles sont les négociations réservées aux agents de change ? Tout cela a été discuté. On sait que l'inscription, à la cote officielle a subi une évolution, que d'individuelle, elle est devenue collective (Voir Waldmann, *Agent de change*). On sait qu'en réalité, autrefois, tout agent de change pouvait comprendre telle ou telle valeur dans la classe des titres sur lesquels il pouvait opérer, et tout récemment encore, on a plaidé devant les tribunaux le fait d'après lequel, en principe, les agents de change ont le monopole de toutes les valeurs. (Voir Affaire Chavaux-Bulté). Ce n'est que peu à peu, que le droit d'inscription exercé individuellement par chaque agent de change est devenu un droit exercé pour tous

les agents de change par leur Chambre syndicale.

La question a été tranchée depuis l'arrêt de la cour de cassation de 1898. La jurisprudence tire argument des termes de la loi de 1889 pour déclarer que le marché libre a une existence officielle et pour considérer comme tranchée définitivement la division entre deux compartiments, dont l'un comprend les valeurs réservées au monopole des agents de change, et l'autre les valeurs laissées au marché libre.

On sait aussi que des pactes interviennent entre les marchés officiel et libre pour certaines valeurs qui, d'un commun accord, sont laissées à la coulisse. Nous rappelons aussi qu'il y a une coulisse de la rente ou chambre de compensations, dont nous aurons à nous occuper, et qui constitue le marché le plus actif sur la rente.

Au moment de la réorganisation du marché en 1899, il a été entendu que, malgré l'article 76 du code de commerce, les coulissiers auraient la faculté de négocier la rente sans encourir les rigueurs du délit pour immixtion dans les fonctions d'agent de change. Ce pacte a failli être rompu à la suite d'un jugement rendu par la 11^e chambre correctionnelle, en 1911, où, sur la citation d'une partie, des coulissiers ont été poursuivis et condamnés malgré les réserves faites au cours des travaux préparatoires. Une loi de 1912 consolide indirectement la situation de

la coulisse en retirant aux particuliers la faculté de mettre en mouvement l'action publique, en vue de faire respecter le monopole des agents de change.

6. — La controverse n'a pas été moins vive sur la portée de la négociation dont le monopole reste réservé aux agents de change. Tout d'abord, et jusqu'à l'arrêt de la cour de cassation de 1893, on opposait la vente directe à l'acte d'entremise. Les actes d'entremise, seuls, portaient atteinte au monopole des agents de change ; la vente directe en était exceptée. Aussi, pouvait-on vendre au comptant ou à terme directement les valeurs qu'on ne possédait pas au moment de la tractation.

Un arrêt de la cour de cassation, de 1893, a déclaré que les agents de change avaient un monopole pour toutes les négociations relatives aux valeurs officielles et que, par conséquent, il y avait atteinte au monopole des agents de change quand on vendait soi-disant directement des valeurs de la détention desquelles on ne pouvait pas justifier au moment de la vente. Les arrêts de février 1910 ont tiré les conséquences pénales de l'arrêt de 1893 en déclarant qu'on commet un délit d'immixtion dans les fonctions d'agent de change quand on vend des valeurs qu'on ne détient pas au moment de la transaction. Seule, la vente sous forme de troc, argent contre titre, n'est

pas considérée comme violant le monopole des agents de change.

Ce dernier procès était intenté aux contre-partistes, à ceux qui disaient que les agents de change ne pouvant pas eux-mêmes vendre pour leur compte, en leur qualité d'intermédiaire officiel, ne pouvaient pas s'estimer lésés par les actes de ceux qui se portaient vendeurs ou acheteurs pour leur propre compte. Ainsi, on a été amené à limiter le contrat direct en ce qui concerne les valeurs officielles, on l'a délogé de sa position, on lui a enlevé une importante branche de son activité.

★★

Ce retour offensif contre le contrat direct a été précédé d'un mouvement très caractéristique sur le terrain pénal. L'affaire Brassard, plaidée devant les cours de Rouen, de Douai et devant la cour de cassation, a été le point de départ de ce mouvement. Disons, tout de suite, il y a là un réel malentendu ; il n'y avait rien de commun entre l'affaire Brassard et le contrat direct. Dans l'affaire Brassard, on se trouvait en présence d'une soi-disant banque qui n'avait de banque que l'apparence. Elle semblait accepter des ordres, les exécuter, mais en réalité, elle ne leur donnait qu'un semblant d'exécution. Les ordres étaient envoyés à un banquier qui était le

frère de l'inculpé, qui les transmettait à un agent de change de Bruxelles qui les retransmettait à un autre banquier. Tout cela ne constituait que des opérations fictives, inexistantes. Il n'y avait pas plus de contrat direct que de mandat. L'opération étant fictive, les juges se trouvaient embarrassés pour pouvoir la qualifier. On était encore sous l'empire de la loi de 1885 qui déclare qu'une opération, même différentielle, est valable, au point de vue civil bien entendu. Donc, une opération pouvait ne pas recevoir une exécution effective et être cependant valable, parce que le marché à terme qui l'autorisait ne pouvait pas succomber sous l'exception de jeu.

Mais, n'y avait-il pas moyen de rendre cette opération nulle par un autre procédé ? Cela consistait à dire que M. Brassard n'ayant pas donné à l'opération une exécution effective l'avait gardée par devers lui-même ; il s'était porté contre-partiste. C'est ainsi que la contre-partie occulte fut articulée pour obtenir une condamnation, et, en fait, il n'y avait pas plus contre-partie qu'opération de mandat, les opérations n'étant même pas différentielles mais purement imaginaires, et toute la banque, avec son organisation complexe, n'était qu'une façade pour faire croire à l'existence d'opérations réelles.

7. — Au cours du pourvoi auquel l'arrêt de la

cour d'appel de Douai a donné lieu, on a incidemment soulevé la question de savoir si un banquier peut exécuter les opérations directement ou s'il ne prend pas une fausse qualité d'intermédiaire quand, sans un contrat formel l'y autorisant, il se porte directement vendeur ou acheteur. La prise de fausse qualité a été mise en avant parce qu'il était difficile de déterminer le caractère fictif et imaginaire des opérations incriminées. On se trouvait dans la nécessité de se livrer à une série d'expertises, tandis qu'il était plus facile, semble-t-il, de déclarer purement et simplement que le banquier a pris la fausse qualité d'intermédiaire puisqu'il ne justifiait pas la réalité de l'exécution des ordres de Bourse qui lui avaient été transmis. On a alors, par un attendu, déclaré qu'il y avait prise de fausse qualité dans le fait par un banquier de prendre la qualité d'intermédiaire sans un contrat formel, le banquier étant, avant tout, mandataire. On a tout de suite généralisé les conséquences de cet attendu en disant que le banquier est avant tout et logiquement mandataire et intermédiaire et que, par conséquent, il commet un délit d'escroquerie, quand, par un acte formel et précis, il ne répudie pas la qualité en laquelle il est réputé agir.

On a oublié que le banquier et notamment le coulisier, au début de l'organisation de la coulisse, était

avant tout un gros négociant (Voir Salzedo). Et cette vérité a été rappelée par M. l'avocat général Feuilleux, qui disait, à propos du célèbre arrêt du 29 avril 1902, rendu par la cour de cassation en matière de report direct : « ...Les seconds, les coulissiers, sont au contraire de simples commerçants. L'exercice de leur profession n'est pas réglementé ; ils demeurent soumis, dans leurs rapports avec leurs clients, aux règles du droit commun en matière de contrat ; par suite, l'article 85 du code de commerce ne leur est point applicable. Ils peuvent faire avec leurs clients toutes conventions et tous actes de commerce et de banque, c'est même leur métier proprement dit. Ils peuvent donc être tour à tour, intermédiaires, commissionnaires, banquiers, changeurs » (Voir Dalloz, 1902, première partie, page 316).

C'est par opposition aux agents de change que les coulissiers peuvent être commerçants, tandis que les premiers ne le peuvent pas, et c'est sous l'influence de l'organisation officielle de la Bourse qu'on a exalté, chez les banquiers, la qualité d'intermédiaire, en oubliant que les agents de change sont soumis à une organisation à la fois restrictive et privilégiée et que c'est parce qu'ils jouissent de faveurs spéciales qu'ils ne peuvent pas faire d'opérations pour leur compte.

Il n'en est point de même du marché libre où la même prévention légale n'existe pas. Il est impossible

de dire que le banquier est avant tout intermédiaire, qu'il commet un délit en ne répudiant pas formellement cette qualité, quand il agit comme contre-partiste. Cela est certainement un empiètement marqué du marché organisé sur le marché libre.

Les juges obéissent, à leur insu, à une préoccupation dominante. Puisqu'il n'y a pas moyen de réserver le monopole de toutes les négociations au marché officiel, au moins faut-il réserver le monopole à la qualité d'intermédiaire qui semble offrir plus de garantie de sécurité que le contre-partiste ou le banquier commerçant.

★ ★

8. — Ces considérations d'ordre économique ou de justice ont certainement joué, dans l'évolution des contrats directs, un rôle plus important que les arguments de droit qui, cependant, ne manquent pas pour justifier même le contrat direct occulte.

Voici dans quels termes M. Wahl les a résumés dans des notes substantielles :

(Note sous Cassation requête, 21 avril 1902, Sirey, 1903, I, 2, 5, 9).

(Note sous jugement du tribunal de commerce de la Seine du 11 janvier et du 12 novembre 1902).

(Note sous arrêt de cassation, 31 mai 1897, Sirey, 1898, I, page 497).

(Note sous arrêt de la cour de Paris, du 17 mars 1896 et 29 janvier 1897, Sirey, 1898, II, page 121).

Tout d'abord, il est absolument certain que le contrat direct est licite dans les rapports entre le donneur d'ordres et le mandataire quand une convention formelle intervient à cet égard. En effet, à supposer même que le mandat reste la règle dans le rapport entre les parties, une clause expresse peut dispenser par avance le mandataire de rendre compte de son mandat. Si une pareille clause est incompatible avec la règle essentielle au mandat qui consiste dans la reddition de comptes, il faut en tirer cette conclusion que « le prétendu mandataire qui remplit le rôle de contre-partiste n'est plus un mandataire ; si, dès le début, il a été convenu que le mandataire sera contre-partiste, le prétendu mandataire, bien que le contrat soit qualifié de mandat, ne fait autre chose que de passer directement avec son client ».

Il est, d'autre part, certain, que la convention formelle peut être remplacée par l'usage, car les parties sont toujours réputées s'en rapporter à l'usage toutes les fois qu'elles ont pu le faire, c'est-à-dire toutes les fois que cet usage n'est pas contraire à l'ordre public. L'usage, c'est la clause de style qui complète la convention. On s'est prévalu de l'usage pour autoriser les coulissiers et même les agents de change à se

porter reporteurs directs en matière de report. Aussi, peut-on également déduire, de l'autorité de l'usage, la validité des contrats directs, même en l'absence d'un contrat écrit précédant les opérations.

Ces solutions semblent résulter du texte de l'article 7 de la loi du 18 juillet 1866 qui punit de peines correctionnelles et disciplinaires le courtier en marchandises s'étant chargé d'une opération de courtage dans une affaire où il a un intérêt personnel, sans prévenir les parties. D'où, à *contrario*, une pareille opération n'est pas frappée de nullité quand les parties sont prévenues.

Pendant longtemps, la jurisprudence a discuté la question de savoir si la stipulation d'un salaire ou d'une bonification était compatible avec le contrat direct ; mais elle est fixée, de nos jours, dans ce sens que le commissionnaire-négociant ou le banquier peuvent percevoir une rémunération pour avoir procuré à un client l'avantage d'une position.

« La commission, dit M. Wahl, a pour but d'indemniser le commissionnaire des dépenses qu'il a faites pour procurer au commettant les fonds ou les titres dont il a besoin, comme des frais généraux de son entreprise et des impôts qu'il a payés à raison de sa profession ».

« Or, d'une part, ces frais et ces impôts dépendent du nombre de ses opérations et non pas du ca-

ractère juridique de ses rapports avec ses clients. D'autre part, quand il remet au client ses fonds et ses titres ou ceux d'autrui, les dépenses qu'il aura faites pour se les procurer auront été les mêmes ; la seule différence entre les deux hypothèses sera que, dans le premier cas, les dépenses auront été antérieures et, dans le second cas, postérieures à la formation du contrat de commission.

« Cette solution est, d'ailleurs, forcément équitable, car le client, de quelque part que lui proviennent les objets qui lui sont remis, retire du contrat les mêmes avantages. Il est donc juste que les frais de l'opération soient pour lui les mêmes » (Voir, en sens contraire, MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, tome III, n° 457 ; Bédarride, *Le commissionnaire*, n° 87, p. 127).

La jurisprudence a accepté ce raisonnement, et, dans une série d'arrêts rendus notamment par la 9^e chambre d'appel à Paris, a confirmé la validité de pareilles rémunérations auxquelles on a donné la qualification de bonification. Le terme même de bonification n'a été inventé que pour différencier la rémunération de la commission proprement dite. Le terme, d'ailleurs, date de bien loin et on le trouve dans un jugement rendu par le tribunal correctionnel de Saint-Quentin où on s'occupe de la contre-partie par l'application (Voir le jugement cité dans : Tcher-

noff-Delhay, *Les opérations de Bourse devant la justice pénale*, page 129, et Gustave Toussaint, *Parquet et Coullisse*, pages 125 et 129).

9. — Philosophiquement, on a essayé de décomposer les rôles de mandataire, de commissionnaire, de contractant direct ou de contre-partiste, pour démontrer que la contre-partie est compatible avec l'existence du contrat de mandat. Nous ne pouvons pas entrer ici dans l'étude de la question du *Zelbst contrathiren* (Voir *Le commissionnaire contre-partiste en Bourse et la jurisprudence*, par Léon Lacour, 1908), désirant avant tout suivre le mouvement de la jurisprudence et discuter le côté pratique de la question.

C'est dans la pratique moderne du mandat qu'on peut trouver des arguments en faveur de sa compatibilité avec le contrat direct.

Le mandat semble évoquer l'idée de trois personnes : le mandant, le mandataire et un tiers que le mandataire met en rapport avec le mandant.

« Mais, fait remarquer M. Wahl, dans les notes précitées, si tel est le résultat habituel du mandat, il n'a rien d'obligatoire. Le seul trait essentiel du mandat est, suivant la définition de l'article 1984 du code civil : une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et

en son nom. Il suffit, en d'autres termes, que le mandataire soit chargé de faire un acte juridique pour le compte du mandant. »

Cette observation est d'autant plus juste que, en réalité, dans la pratique d'aujourd'hui, le mandataire proprement dit est remplacé par le commissionnaire, c'est-à-dire par quelqu'un qui est chargé d'accomplir une opération pour le compte du mandant, mais en son propre nom. Et on sait très bien que la commission joue un rôle capital dans les opérations de Bourse. Le banquier, tout d'abord, ne reçoit pas les ordres d'un client isolé, mais d'un grand nombre de clients ; les ordres peuvent s'entre-croiser en sens inverse. De là, la tentative de pouvoir faire des applications de client à client, et en ce qui concerne les agents de change, ces applications sont formellement prévues. Il n'y a qu'une restriction en ce qui concerne la fixation du cours ; mais même quand le banquier est obligé de transmettre les ordres à un commissionnaire, par exemple, le banquier non inscrit à la coulisse à un coulissier pour les valeurs du marché, le banquier à un agent de change pour les valeurs admises à la cote officielle, le banquier ou l'intermédiaire ne transmet pas les ordres qu'il a reçus individuellement, il les totalise, il les confond et c'est cet ordre global et anonyme qui est

transmis, pour son exécution, à un autre intermédiaire.

Ce mode d'exécution collectif a une très grande importance, car il a pour résultat l'envoi d'un bordereau collectif qui ne se confond pas avec les bordereaux individuels que le banquier, récepteur de l'ordre, envoie à chacun de ses clients. La différence est grande au point de vue des commissions et des courtages que les banquiers ont l'habitude de se compter dans le rapport entre eux. Un banquier, dans le rapport avec son client, lui comptera un courtage plein, au tarif plein, à moins de convention contraire. Le banquier commissionnaire, dans le rapport avec son correspondant coulissier ou agent de change, bénéficiera d'une rétrocession souvent assez importante et la nature du service rendu par l'agent de change au coulissier, par le coulissier au client, ne sera pas rémunérée par le même procédé.

10. — Cet état de choses a donné naissance à une nouvelle théorie : la théorie du mandat substitué, qui se pose dans les termes suivants : Est-ce que, un client s'étant adressé à un banquier qui, lui-même, ne peut pas se procurer les valeurs qu'on lui demande, ne lui a pas donné par là-même le pouvoir de s'adresser à un intermédiaire de son choix pour l'exécution du mandat ? Ce client a-t-il une action directe

contre le mandataire substitué, peut-il l'obliger à se faire rendre compte et exercer une action directe contre lui comme s'il l'avait nommément désigné ? On comprend très bien l'importance pratique de la question et si le mandat général que le client est réputé donner à son mandataire direct suffit pour créer un lien de droit précis entre lui et l'intermédiaire exécutateur, il peut le poursuivre, il peut lui demander compte de l'exécution de son mandat ; sinon, il n'a que le recours contre son mandataire direct.

Avec la pratique actuelle de la commission, c'est-à-dire du mandat exécuté par le banquier en son propre nom, quoique pour le compte de son client, avec la manière d'exécuter l'opération anonyme et collective que nous avons signalée et qui ne permet pas au mandataire au second degré de connaître le client, le client se trouve sans recours contre le correspondant du commissionnaire, et le mandat, en effet, s'exécute sans qu'on puisse mettre en présence trois personnes.

La jurisprudence tend à consacrer la validité d'un pareil procédé, et au cas où le client s'est adressé à un mandataire qui, lui-même, ne pouvait pas exécuter directement l'ordre à la Bourse, il est réputé accepter par avance le choix qu'il aura fait pour l'exécution du premier mandat, ne pas entrer en rapport direct avec le second intermédiaire et ne pas avoir de lien de droit direct contre les derniers. On est même allé

très loin dans cette voie : Le client, n'ayant pas demandé à temps de justification ayant approuvé le compte, ne peut plus demander à son mandataire direct de justifier la réalité des opérations, car ce dernier ayant réglé pour son compte ne peut plus être tenu à conserver la justification produite par son correspondant. De là est née la grave question de la contre-partie indirecte dont les tribunaux commencent à s'occuper et dont nous aurons l'occasion de parler.

11. — Quoi qu'il en soit, la pratique que nous venons de décrire prouve combien il est exact de dire que le mandat ne crée pas forcément un lien de droit entre trois personnes. On a invoqué également, en faveur de la contre-partie, les termes de l'article 1596 du code civil, qui dispose que les mandataires ne peuvent se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre. Cette disposition semble être une exception au droit commun, et voici les termes de l'article 1594 : « Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre. » Dès lors, à notre avis, en principe, le mandataire peut se constituer lui-même co-contractant de son mandant (Voir, Wahl, Notes précitées ; Sirey, 1898, II, page 121).

Quelle que soit la solidité de cet argument de texte et de plusieurs autres arguments qu'on pourrait in-

voquer à l'appui de cette thèse, le courant jurisprudentiel, en sens contraire, est tellement puissant que pour longtemps il faudra considérer comme définitivement établie la règle d'après laquelle le mandataire ne peut se porter vendeur ou acheteur de son client qu'après une déclaration formelle par laquelle il répudie sa qualité première de mandataire.

On fonde plus généralement cette solution, non seulement sur le rôle social et juridique du banquier qui est avant tout intermédiaire par sa qualité première et normale, mais aussi sur le consentement présumé des parties en présence. (Voir, Lacour, brochure citée, page 1).

12. — On a voulu, pendant ces derniers temps, aller beaucoup plus loin ; on a déclaré que le contrat direct ne bénéficie pas de la présomption de validité que la loi de 1885 sur les marchés à terme attache au contrat ayant revêtu la forme de marché à terme. On déclare que les opérations de Bourse sont soumises à des règles particulières dont le trait essentiel est l'exécution effective de ces opérations ; que les usages de la Bourse sont incompatibles avec le contrat direct, que la loi de 1885 ne s'applique qu'aux contrats conformes aux usages de la Bourse, que, par conséquent, la loi de 1885 ne leur est pas applicable. Et tout récemment, un arrêt de la troisième

chambre d'appel ayant eu à examiner la modalité particulière du contrat direct, le contrat au comptant différé, est allé jusqu'à affirmer que le contrat ne prévoyant pas l'exécution obligatoire du marché, est fait sous condition potestative, condition qui laisse libre le donneur d'ordres de lever ou de ne pas lever les titres, de donner une exécution effective ou différentielle au marché et que, par là-même, l'opération est entachée de nullité.

L'opération nulle, l'opération différentielle, l'opération imaginaire ou fictive, tout cela a été confondu pour être mis à la base d'une théorie qui va maintenant jusqu'à faire du contrat direct lui-même une manœuvre frauduleuse. Nous sommes en présence de l'intervention de l'Etat répressif, mise au service de l'épargne publique. Il y a là peut-être une haute idée de justice et d'équité, mais qui ne trouve pas facilement sa justification dans les principes. Pour examiner méthodiquement ces questions, il faut, tout d'abord, se poser la première question : Dans quelle mesure la loi de 1885 a-t-elle autorisé le contrat direct ?

I

Le contrat direct d'après les travaux préparatoires de la loi de 1885 sur l'exception de jeu.

13. — La loi de 1885 sur l'exception de jeu s'applique-t-elle au contrat direct ? Ce dernier point ne semblait pas soulever la moindre difficulté jusqu'à ces dernières années. Un courant doctrinal récent se dessine contre l'extension du bénéfice de cette loi au marché direct. Un volume, dû à la plume de M. de Cénac, « *La loi de 1885 et les marchés à terme* », contient les arguments dont se servent les décisions judiciaires, notamment une section du tribunal de commerce, pour faire tomber le contrat direct sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de l'article 1965 du code civil.

Transcrivons d'abord l'article 1965 :

« La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. »

La loi de 1885 y a apporté la modification suivante :

« Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et sur marchandises sont reconnus légaux. Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. »

Deux catégories de controverses ont surgi à la suite de la rédaction imparfaite de cet article : Première controverse : Quels sont les marchés à terme auxquels s'applique cet article ? Deuxième controverse : A supposer que l'exception de jeu ne puisse plus être opposée aux opérations de Bourse ayant revêtu la forme de marchés à terme, faut-il appliquer la loi de 1885 au contrat direct ?

La difficulté pour le premier point provient de ce que la rédaction définitive a subi des modifications devant la commission de la Chambre des députés et le Sénat. Pour comprendre la portée de cette discussion, quelques explications sont indispensables.

Un marché à terme peut être sérieux dans ce sens que les parties ont eu l'intention d'aboutir à la livraison effective des titres ou des marchandises et au règlement des prix. Il est possible cependant qu'au moment de l'échéance, les parties en présence se trouvent dans l'impossibilité de lever des titres ou d'en régler les prix. Alors, d'après les usages de la Bourse,

interviendra une liquidation d'office ou une exécution forcée. Le contrat, par conséquent, s'exécutera par la force des choses, il sera effectif au moment de sa formation ; il sera effectif parce qu'il a reçu son exécution totale. Par exemple, si, dans l'intervalle entre l'ordre passé et son exécution effective, les titres ont subi une baisse et que le donneur d'ordre ne soit plus à même de les lever , les titres seront achetés quand même ; ils seront revendus pour le compte du donneur d'ordre qui en supportera la différence. Par conséquent, l'effectivité de l'opération, sa sincérité est assurée par l'intention des parties de réaliser la convention dans son intégrité et par les usages de la Bourse qui veulent que, tous les 15 jours ou tous les mois, suivant la nature des valeurs, il y ait une liquidation ou une exécution.

Mais il peut arriver que les parties en présence, dès le commencement, n'aient eu l'intention que de se livrer à un règlement différentiel, c'est-à-dire que le vendeur ou l'acheteur n'ait pas eu l'intention de se faire livrer les titres ou d'en régler le prix total, mais de spéculer sur la différence. Alors, l'échéance étant arrivée, la liquidation qui se produira aboutira, dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur, uniquement au paiement d'une différence. à la charge ou en faveur de celui qui pourra bénéficier de la différence à la suite d'une hausse ou d'une baisse qui l'aura fa-

vorisé. L'exécution, dans l'espèce, aura eu lieu, mais le contrat, à l'origine, ne devait pas aboutir à une exécution effective.

Nous avons dit : l'exécution a eu lieu. Mais, dans l'effectivité de l'exécution, il y a des degrés et des nuances. Deux hypothèses peuvent se présenter : Ainsi, le vendeur A et l'acheteur B conviennent, soit directement entre eux, soit par l'entremise de leur intermédiaire, de ne pas porter leur ordre sur le marché, de ne pas traduire l'ordre d'achat, par exemple de certains titres, par un recours à un agent qui serait chargé de se les procurer à la fin d'une liquidation ; alors, le marché à terme n'aura du marché que l'apparence, il n'aura pas d'exécution effective, d'exécution intégrale, il se ramènera à un règlement différentiel. Si donc, d'un côté, le marché à terme, dans l'intention des parties, ne devait pas être sincère, et que, d'autre part, il ait simplement fait l'objet d'un règlement différentiel, au fond, il ne représenterait qu'un jeu, un pari, une hausse ou une baisse. Il ne doit pas se confondre avec un marché qui, dès l'origine et dans l'intention des parties, était sincère, mais qui n'a abouti, plus tard, par suite des fluctuations du marché, qu'à un règlement différentiel.

Mais, comment prouver l'absence de l'intention de procéder à un marché sérieux ? Le résultat

final du règlement différentiel n'est point une preuve suffisante. Quant à l'intention des parties, elle est extrêmement difficile à saisir. Ainsi, il peut arriver qu'un homme, qui ne possédait pas de fortune suffisante pour pouvoir se rendre plus tard acquéreur d'une quantité considérable de titres, ait cependant pu escompter un crédit suffisant au moment de l'échéance pour faire face aux engagements résultant d'un marché à terme. La jurisprudence, pendant quelque temps, s'est placée à un point de vue différent et, après avoir parcouru plusieurs phases, à la veille de la loi de 1885, examinait la solvabilité du donneur d'ordre au moment de la formation du contrat pour juger de sa sincérité. Et cependant, comme nous l'avons montré par l'exemple qui précède, même ce critérium n'était pas d'une certitude absolue. De là, la mauvaise foi, les spéculations encouragées par la possibilité d'opposer l'exception de jeu ; de là, des abus multiples qui ont apparus surtout flagrants après le krach de l'*Union Générale*, en 1883.

L'exception de jeu paraissait d'autant plus redoutable, qu'elle pouvait être opposée aussi bien aux agents de change, intermédiaires officiels, qu'aux intermédiaires non organisés, coulissiers ou simples banquiers. L'exception de jeu était une arme tellement puissante qu'à elle seule, elle remplaçait l'exception de contre-partie. Avez-vous, oui ou non, l'in-

tention sérieuse de procéder à la livraison effective de titres ? Peu importe qu'il s'agisse d'un contrat direct, d'un marché à terme par mandat ; la question ne se posait pas de savoir si un mandataire ou un contre-partiste devait être tenu de l'obligation de rendre compte de ses opérations, mais si le donneur d'ordre avait à sa disposition, au moment de la formation du contrat, des sommes suffisantes pour donner une exécution effective aux opérations traitées. Aussi, l'exception de contre-partie était-elle rarement invoquée pendant cette période. Avec la fragilité et la mobilité des contrats passés à la Bourse, à la suite de l'exception de jeu, on n'éprouvait pas le besoin de traiter avec une rigueur particulière les contre-partistes. Et, cependant, le contrat direct avait pris naissance à cette époque, parce que les intermédiaires de tout ordre, exposés à des pertes considérables du chef de l'exception de jeu, se trouvèrent dans la nécessité de faire du contrat direct pour augmenter leurs profits ; c'était une soupape de sûreté, la possibilité d'éviter certains frais et d'augmenter la réserve avec laquelle ils pouvaient couvrir les pertes résultant du fonctionnement à jet continu de l'exception de jeu.

14. — Cependant, il avait semblé, même à la veille du vote de la loi de 1885, que le contrat direct se

prêtait plus facilement à un règlement purement différentiel que le marché à terme par l'entremise des intermédiaires. On raisonnait, en effet, comme suit : Dans le marché à terme par voie de mandat, les deux spéculateurs ne se connaissent pas, ils ne peuvent pas s'entendre facilement pour jouer, il faut la complicité des intermédiaires ; au contraire, dans le contrat direct, appelés à se rencontrer, à traiter directement, ils peuvent plus facilement tourner l'article 1965 du code civil. Et on essaya d'introduire un amendement qui aurait pour objet de limiter le bénéfice de la loi de 1885 aux marchés conformes aux usages de la Bourse. Mais nous le verrons, cet amendement fut formellement rejeté. D'ailleurs, personne n'a entendu, à cette époque, que les marchés par contrats directs fussent contraires aux usages de la Bourse ; mais il avait été question, au cours des travaux préparatoires, de certaines clauses inconnues qui, elles, seraient de nature à enlever à un marché le bénéfice de la présomption de validité qu'attachait la loi de 1885 à des négociations revêtant la forme de marchés à terme.

15. — Mais en quoi consistaient les clauses inconnues auxquelles on faisait allusion ? Plus tard, on essaya d'équivoquer et d'insinuer que ces clauses inconnues étaient précisément les marchés par contrat

direct. Cela n'est pas exact, et nous le verrons tout à l'heure, les travaux préparatoires visent formellement des clauses écrites, insérées dans les contrats et d'où il résultait qu'au moment même de traiter, les parties s'interdisaient le droit de demander l'exécution effective du contrat. C'était, évidemment, un moyen formel de transformer le marché en jeu, en pari sur une hausse ou une baisse. Seuls donc, de pareils marchés, par voie de mandat ou par voie de contrat direct, qui contenaient une clause de cette nature, passaient pour des clauses inconnues du marché qui allaient s'introniser et ainsi enlever au marché à terme son caractère de sincérité et d'efficacité. Actuellement on ne fait pas allusion, par cette formule, au marché direct : cela résulte notamment de l'analyse des travaux préparatoires à laquelle nous pouvons nous livrer maintenant.

16. — Les travaux préparatoires contiennent une partie philosophique et une partie juridique. La partie philosophique tend à justifier la spéculation et à démontrer que le refus de l'exception de jeu servirait de frein aux spéculateurs. La partie juridique essaye de trouver un moyen formel, un criterium extérieur pour distinguer le jeu de la spéculation.

Dans son premier rapport à la Chambre des dé-

putés, M. Naquet disait : « Le développement de l'économie politique a conduit à envisager la spéculation sous un jour différent de celui sous lequel l'avaient envisagée nos ancêtres. D'autre part, l'examen des faits, aussi bien que le raisonnement théorique a prouvé que les abus que nos devanciers avaient voulu atteindre en restreignant la liberté des marchés à terme — la suppression ou tout au moins la diminution du jeu — n'avaient pas été atteints du tout ; au contraire, les lois sous lesquelles nous vivons encore, malgré toutes les atténuations de la jurisprudence, ont favorisé le jeu, bien loin de le limiter ou de l'empêcher.... La spéculation, autrefois presque confondue avec le jeu et considérée comme un moyen illicite d'acquérir la fortune, a été relevée de cette indignité par la science économique ; elle est considérée à cette heure comme un des principaux moyens de production, d'échange, de découverte, comme la force qui coordonne et met en œuvre les éléments dont se composent le commerce et l'industrie, comme l'un des principaux ressorts du progrès humain. » Le rapport de la Chambre des députés cite à ce sujet quelques pages de Proudhon « qui ne put s'empêcher de rendre à la spéculation l'hommage qu'on ne pouvait lui refuser en penseur, quels que fussent encore à cet égard les préjugés du parti auquel il appartenait... La spéculation s'est trouvée réhabilitée ; on

l'avait assimilée au jeu parce qu'elle renferme, comme le jeu, un caractère aléatoire.... On a reconnu, depuis, qu'elle s'en distingue essentiellement : l'aléa n'intervient ici que d'une manière accessoire. Tous les ressorts de l'intelligence sont mis en œuvre..... Dans le jeu, au contraire, l'aléa subsiste seul. De plus, tandis que le jeu est stérile et même malfaisant, la spéculation est non seulement utile, mais encore nécessaire ».

Ainsi se trouve dégagée la différence entre le jeu et la spéculation. Là où la science intervient pour supputer les chances de la hausse ou de la baisse, où l'aléa n'offre qu'un caractère accessoire, c'est la spéculation ; là où l'aléa, au contraire, joue un caractère prépondérant, offre le trait caractéristique de la combinaison, c'est du jeu.

Arrivé ensuite à l'étude des conséquences de l'exception de jeu qui, par la facilité de dénouer un contrat imprudemment engagé, ne faisait que stimuler le jeu, le rapport disait.... « Pour supprimer le jeu de la Bourse, qu'a-t-on imaginé ? de refuser une action en paiement au gagnant. Lorsqu'il s'agit d'un jeu ordinaire, on ne se contente pas de refuser une action en paiement au gagnant. On ferme les maisons où les parties s'organisent, on défère aux tribunaux ceux qui les tiennent, on punit ces derniers de peines très sévères, on les prive de leurs droits civiques à

perpétuité. A-t-on, jusqu'à ce jour, assimilé les agents de change ou même les coulissiers aux personnes qui tiennent une maison de jeu ? Non seulement, malgré les dispositions que les lois diverses que nous avons citées mettaient à la disposition des gouvernements, on ne l'a jamais osé, on ne l'a jamais pu : on s'est borné à dire aux agents de change : « Si vos clients ne vous payent pas, vous ne serez pas admis à répéter contre eux. » Réduite à ces termes — et il est impossible de la pousser plus loin — la prohibition ne présente plus un désavantage.... Ces désavantages, M. Lyon-Caen les traduit dans les termes suivants, dans une préface à un volume qui s'appelle : *Les marchés à terme et le report direct devant les tribunaux* : « Il y a deux manières de comprendre le jeu : l'une consiste à admettre que le perdant pourra se soustraire au paiement de sa dette, opposant l'exception de jeu. L'autre, au contraire, consiste à reconnaître au gagnant le droit d'actionner en justice le perdant et de le faire condamner. La certitude pour celui qui perdra de ne pas échapper à une condamnation est peut-être un frein meilleur contre le jeu que l'incertitude, pour le gagnant, de faire condamner le perdant » (V. M. Tchernoff, *op. cit.*, préface).

17. — Voilà quant à la partie philosophique. Pour

la partie juridique, deux moyens s'offraient en vue de trancher la question : ou de laisser les juges libres de scruter l'intention des parties, de dire, par exemple, que, toutes les fois qu'il s'agit d'une spéculation, même sur des différences, le contrat serait valable ; toutes les fois, au contraire, qu'il s'agirait d'un jeu, le contrat serait nul et succomberait sous l'exception de jeu. Mais il faudrait alors commencer par définir juridiquement la spéculation, par la distinguer par une définition précise du jeu ; il faudrait alors autoriser les juges à scruter l'intention des parties. Cela offrait des difficultés inextricables et ce sont précisément les abus de l'interprétation prétorienne des juges qui avaient motivé la loi de 1885. Nous retrouvons, cependant, cette différence d'appréciation d'un marché à terme suivant qu'il traduit une spéculation ou un simple jeu, sur le terrain pénal, quand on opposera l'exception de contre-partie occulte à l'exécution du contrat direct. On sait, en effet, et nous le verrons, que les magistrats, les tribunaux admettent plus facilement la validité du contrat direct dans les rapports entre des spéculateurs professionnels que dans ceux du banquier ou spéculateur professionnel avec un rentier paisible, n'ayant ni l'habitude de la Bourse, ni de sa terminologie. S'agit-il de rapports entre des professionnels, on se trouve en présence d'une spéculation, car les deux, connaissant égale-

ment les chances de la hausse ou de la baisse, font de la spéculation ; l'élément scientifique l'emporte sur l'élément aléatoire. Au contraire, quand un spéculateur professionnel se trouve en présence d'un homme peu initié aux habitudes de la Bourse, au jeu de la loi de l'offre et de la demande, alors, c'est, du côté de l'homme inexpérimenté, une simple opération aléatoire. Et quand le banquier essaye de faire croire à sa victime qu'il a pour lui tout ce que la science et la loi de l'offre et de la demande lui offrent de garantie, tandis qu'en réalité, il joue à coup sûr, alors, disent les tribunaux, c'est de la manœuvre frauduleuse.

18. — Mais cette distinction n'est pas dans la loi ; on peut même dire qu'elle a été formellement rejetée par le législateur, qui s'est attaché à un critérium purement extérieur. Toutes les fois que les juges se trouvent en présence d'un marché à terme qui, en lui-même, ne porte pas la preuve que les parties n'avaient pas l'intention de se livrer au jeu, ils sont obligés de le considérer comme valable, quand même il résulterait des éléments extrinsèques au contrat, que les parties n'avaient l'intention que de procéder à un règlement différentiel ou même à une simple spéculation sur la hausse ou la baisse. Bien plus, le législateur veut que le seul moyen de trouver dans le

contrat la preuve d'un jeu soit une clause écrite interdisant aux parties de donner une exécution effective aux opérations de Bourse.

Cette solution paraît extrêmement grave, car elle déroge « à un principe fondamental, incontesté, d'après lequel les juges, sans être liés par la dénomination donnée à un acte ni par la forme dont il a été revêtu par les parties, peuvent et doivent rechercher quelle est la nature réelle de cet acte dès l'instant où l'un des contractants soutient que sa nature juridique ne concorde pas avec cette forme. » Certainement, c'est la solution qu'on a voulu donner en 1885 à la question malgré les obscurités et les ambiguïtés du texte juridique. Les seules conventions exclues de la loi de 1885 étaient celles qu'on appelait innomées, « que l'on ne saurait, disait M. Naquet dans son rapport, assimiler à un marché et par lequel, *au moment de la transaction*, « les parties s'engageraient par écrit à ne pas exiger la livraison, à ne pas l'imposer et à résoudre l'opération par le simple paiement d'une différence ». Par conséquent, ce qu'on entendait par conventions inconnues, c'étaient des conventions qui, au moment même de la transaction, stipulaient par écrit que l'opération ne devrait se résoudre que par le simple paiement d'une différence.

Le doute sur l'interprétation de la loi a été soulevé

par l'interprétation à donner au terme : « se résoudrait par le paiement d'une simple différence. »

19. — Le premier texte de la commission, dans le second alinéa de l'article premier du projet, refusait l'exception de jeu « quand l'acheteur avait le droit d'exiger la livraison ou que le vendeur avait le droit de l'imposer ». Le texte voulait dire, par là, que les tribunaux devaient se placer à l'origine du contrat, et voir, abstraction faite de ce qui aurait pu se passer par la suite, si le client, qui se prévaut de l'article 1965 du code civil, avait bien le droit, s'il était acheteur, d'exiger la livraison de son agent de change, ou s'il était vendeur, celui de l'obliger à recevoir les titres.

A ce sujet, le rapport de la commission contenait un passage très caractéristique. « Pour que ce droit n'existe pas, il faut qu'il n'y ait aucune apparence de marché à terme. C'est là ce qui aurait lieu si les parties étaient convenues qu'en aucun cas, « la livraison n'aurait lieu, en sorte que le résultat ne pourrait être qu'un paiement de différence ; alors l'obligation de livrer ou celle de recevoir la livraison sans laquelle il n'y a pas de vente n'aura réellement jamais pris naissance... Comme nous l'avons déjà dit, les magistrats ont, en toute matière, le pouvoir de reconnaître qu'une opération a été simulée pour

échapper à la loi, et de lui restituer son caractère réel. On doit reconnaître qu'ils jouiront d'une certaine liberté dans l'appréciation de ce moyen de preuve imposé par ceux qui prétendront qu'on a revêtu de la forme d'un marché à terme une opération n'impliquant aucunement l'obligation de livrer. Cette liberté résulte elle-même des principes généraux de droit auxquels personne ne peut songer à déroger. Toutes les fois qu'on allègue que, pour tourner la loi, on a recours à une simulation, tous les moyens de preuve sont admis, même la présomption de l'homme ou indice ; il serait évidemment déraisonnable d'exiger un écrit pour prouver une simulation. » Mais le projet de la commission, ainsi motivé et commenté, a paru dangereux à la commission de la Chambre des députés. La formule : « quand l'acheteur a le droit d'exiger la livraison et le vendeur celui de l'imposer » a semblé autoriser les magistrats à faire des investigations pour acquérir la preuve de la réalité du marché. On préféra une autre formule : que les marchés pourraient se résoudre par des différences sans donner lieu à l'exception de jeu.

Cette formule passa presque toute entière dans la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} qui portait : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du code civil ;

alors même que ces marchés devraient se résoudre par le simple paiement d'une différence ».

Cette formule, en elle-même, semblait claire ; elle validait le marché à terme quand même il se résoudrait par le paiement d'une différence ; c'est-à-dire que le simple fait qu'il ne devait se résoudre que par le paiement d'une différence ne pouvait pas permettre aux juges de dépouiller l'acte de sa forme pour lui substituer un autre contrat (*Les marchés à terme et le report direct devant les tribunaux*, par Tchernoff, p. 49). Mais ici, on craignait d'avoir peut-être fait trop pencher la balance du côté du jeu. On craignait que le terme *devrait* ne put s'entendre : « s'engager par écrit à résoudre le contrat par le simple paiement d'une différence. » On craignait qu'on ne songeât, à l'abri de cette formule, à valider les contrats dits innomés, contenant une clause formelle qui enlevait aux parties la faculté d'exiger l'exécution effective du marché. « C'était, dit M. Tchernoff dans l'ouvrage cité, peut-être attacher trop d'importance aux mots, mais c'est ainsi, dans tous les cas, que la chose a été entendue : c'est pour enlever le bénéfice de la loi de 1885 aux obligations innomées qui, au moment même de la transaction, contenaient une clause par laquelle les parties s'engageaient à ne pas exiger la livraison, à ne pas l'imposer et à résoudre l'opération par le simple paiement d'une différence, que la

formule de la Chambre des députés avait été modifiée. » Les explications fournies à la Chambre des députés et au Sénat par M. Naquet et par M. Peulevey, sont absolument catégoriques sur ce point.

M. Naquet disait : « En mettant dans l'article 1^{er} les mots : « devraient se résoudre » au lieu de « se résoudraient », on validerait non seulement les vrais marchés, mais encore des conventions nouvelles, inconnues jusqu'ici, innomées, que l'on ne saurait assimiler à un marché et par lesquelles, au moment même de la transaction, les parties s'engageraient par écrit à ne pas exiger la livraison, à ne pas l'imposer, et à résoudre l'opération par le simple paiement d'une différence. Dans ce cas, le mode de solution par une différence..... serait, en droit, une obligation..... »

Les explications fournies par M. Peulevey, rapporteur de la commission de la Chambre des députés, ne font que confirmer la même pensée. Il disait notamment : « Il suffira...., croyons-nous.... de se reporter aux termes mêmes du rapport de l'honorable M. Naquet qui se fait l'interprète de la pensée de la commission, pensée qui a passé tout entière dans la rédaction du texte adopté par le Sénat... Votre commission n'hésite pas à dire qu'elle aurait, sans doute, de beaucoup préféré la rédaction primitive, parce que cette rédaction n'impliquait nullement que la loi nouvelle eût pour but de protéger de véritables paris.

Mais, du moment où il est hors de doute que la pensée du Sénat est exactement la même que celle de la Chambre sur les conventions auxquelles il s'agit de porter remède, il ne nous a pas paru que, pour échapper à une sorte d'argutie sur les mots, le vote d'une loi si impatiemment attendue pût être encore si indéfiniment retardé.

20. — Voilà quelle fut la pensée nette du législateur. Les difficultés qui ont surgi évidemment s'expliquent par cette dérogation exceptionnelle au droit commun, qui obligeait les juges à ne pas dépouiller un acte de sa forme extérieure et à se considérer comme liés par l'apparence même du marché à terme. Mais, malgré les divergences auxquelles la jurisprudence avait donné lieu pendant longtemps, les arrêts de la cour de cassation, depuis 1898 jusqu'à nos jours, sont absolument formels dans le sens de l'opinion qui vient d'être indiquée. Ainsi, le célèbre arrêt rendu sur le rapport de M. Crépon (audience du 22 juin 1898, Chambre civile, *Droit financier*, 1898, page 271), contient le passage suivant : « Vu l'article 1^{er} de la loi du 28 mars 1885, attendu qu'en déclarant, dans des termes essentiellement impératifs, que nul ne pourrait se soustraire aux obligations résultant de tous marchés à livrer sur denrées et marchandises, alors même qu'ils se résoudraient

par le paiement d'une simple différence, la loi du 27 mars 1885, lorsque les spéculations sur effets et marchandises ont pris la forme de marchés à terme, a entendu interdire aux parties d'opposer l'exception de jeu, aux juges de rechercher l'intention des parties ; qu'en décidant le contraire, lorsque les spéculations sur lesquelles on avait à statuer avaient pris la forme de marchés à terme, l'arrêt entrepris a violé la loi sus-visée. » Quatre autres arrêts rendus le même jour, expriment la même tendance doctrinale et l'écho se retrouve dans un arrêt du 19 mars 1900, dans un arrêt plus récent de 1911. (Voir Dalloz, 1901, 1^{re} partie, p. 437 ; *Droit financier*, 1911, p. 399, arrêt du 15 mai 1911).

★★

21. — Si, pour ce qui concerne les marchés à terme ordinaires, le domaine de la loi de 1885 ne fait plus de difficulté, il en est autrement en ce qui concerne le contrat direct.

Ces contrats, dit-on, ne sont pas couverts par la présomption de validité de la loi de 1885, d'abord parce que les travaux préparatoires eux-mêmes ont exclu du bénéfice de cette loi les conventions dites inconnues, ensuite parce que, au moment des travaux préparatoires, on ne connaissait pas encore le contrat direct, ou plutôt on le connaissait, mais il

était d'un usage peu fréquent ; parce que la loi de 1885 ne couvrait que le contrat fait conformément aux usages de la Bourse ; parce que, enfin, les opérations de Bourse, par leur nature propre, comportent avant tout l'exécution effective. Or, toutes ces conditions ne se trouvent pas fournies dans le contrat direct tel qu'il est pratiqué depuis un certain temps.

Les travaux préparatoires, heureusement, donnent tort, de la façon la plus certaine, à cette opinion. En effet, le rapport de la commission extra-parlementaire qui a servi d'exposé des motifs au projet de loi, a eu l'occasion de s'occuper de la question et s'exprime dans les termes suivants : « Deux autres propositions presque semblables ont été ensuite présentées ; d'après l'une, l'exception de jeu aurait été écartée pour toutes les opérations conclues par les agents de change dans la forme et sous les conditions prescrites par les règlements faits ou à faire ; d'après l'autre, il en serait ainsi pour toutes les opérations faites conformément aux règlements, sans qu'il y ait à s'occuper de la qualité des intermédiaires. La commission a refusé de prendre ces propositions en considération. Il n'y a pas lieu de constituer une sorte de privilège d'un nouveau genre au profit des agents de change en attribuant à leur seule intervention le fait d'enlever aux tribunaux le droit de rechercher la nature véritable des opérations ; les motifs de mo-

ralité ou de sécurité invoqués contre l'admission à l'exception de jeu sont les mêmes, que les opérations aient été conclues ou non par les agents de change. Il ne faut pas oublier qu'un grand nombre de négociations sont faites aujourd'hui par des intermédiaires non officiels. Sans doute, d'après la jurisprudence la plus récente, les négociations faites par eux sont nulles et, en conséquence, toute action en justice est refusée pour leur exécution lorsqu'elles portent sur des valeurs rentrant dans le monopole des agents de change. Il n'y a pas, selon cette jurisprudence, à examiner alors si le marché est fictif ; l'opération est nulle parce qu'elle constitue une usurpation de fonctions publiques ; mais l'exception de jeu reprend son empire lorsque les opérations de ces intermédiaires ont pour objet des valeurs qui ne sont pas susceptibles d'être cotées dans le sens de l'article 76 du code de commerce. Ce n'est pas tout. La commission pense qu'il faut traiter, de la même manière que les marchés à terme, les marchés à livrer sur denrées ou marchandises, si même ces marchés se font directement entre les intéressés.... La commission ne croit pas non plus qu'il y ait lieu de subordonner l'exclusion de l'exception de jeu à l'observation des formes et conditions prescrites par les règlements pour la conclusion des marchés. Il n'y a, en effet, il ne peut y avoir de règlements que pour les marchés

faits par les agents de change. *Tous les autres marchés se font avec une liberté absolue et se concluent même aussi bien hors de la Bourse qu'à la Bourse.*

Il ne faut, par suite, faire dépendre la non admissibilité de l'exception de jeu, ni de l'emploi de certains intermédiaires, ni de l'intervention de certaines formes, ni du lieu dans lequel les marchés sont conclus (Exposé des motifs, *Revue critique*, 1882, 475, 476). Le principe est formel. Il n'y a pas de contrat privilégié ; *les opérations en Bourse et hors Bourse jouissent de la même faveur au point de vue de la loi de 1885.*

Quand, au cours des travaux préparatoires, on avait fait allusion au parère de 1824, on n'avait pas déclaré que seuls les contrats conformes à ce parère étaient visés par le législateur. On avait simplement indiqué que ce parère était conforme au modèle exigé par la loi, car il ne contenait pas la clause suspecte, celle qui transformait le marché à terme en une convention innomée, et M. Naquet, dont nous avons déjà indiqué la pensée, disait : « S'il s'agit d'un marché contracté selon les règles, le marché est valable, il est couvert par une présomption légale... » Ce qu'il entendait par : contracté selon les règles, c'était selon les règles qu'il venait de développer ; il s'agissait toujours d'un marché qui ne contenait

pas la clause incriminée, la clause innomée, interdisant aux parties l'exécution effective de leurs obligations. D'ailleurs, le règlement de 1890 qui a codifié l'usage de la Bourse pour le Parquet, n'a rien innové en ce qui concerne la coulisse et la Banque non syndiquées et non organisées.

22. — Au nom de la cour suprême, dont il était le porte-paroles, M. Crépon disait : « Reportons-nous au décret d'octobre 1890 pour rechercher s'il contient quelques dispositions modifiant la situation des agents de change, relativement à leur responsabilité dans les marchés à terme, se référant à l'article 1^{er} de la loi de 1885 permettant d'y voir une interprétation quelconque de cette loi et notamment le droit d'opposer l'exception de jeu alors même que la spéculation a pris la forme d'un marché à terme. Il n'en contient aucune » (Voir Rapport de M. Crépon, conseiller à la cour de cassation, audience du 22 juin 1898, *Droit financier*, 1898, p. 303).

M. Crépon répond, comme le simple bon sens l'indique, que le décret de 1890 n'interprète pas la loi de 1885, qu'il n'a pas pour objet de déclarer que, seules, les opérations conformes aux usages codifiés et enregistrés par le décret, jouissent du privilège de la loi de 1885. Le décret ne fait qu'accepter le fait acquis pour constater certains usages en vigueur à la

Bourse. Or, les travaux préparatoires disent nettement que la présomption de la loi de 1885 s'applique également aux contrats faits hors Bourse, par conséquent qui ne sont pas conformes aux usages de la Bourse. Ici encore, la jurisprudence de la cour de cassation est absolument formelle. L'arrêt de cassation de la chambre des requêtes s'exprime, en effet, de la façon la plus formelle : « Attendu qu'il est déclaré par le jugement attaqué que les opérations sous valeurs mobilières... avaient été effectuées en vertu du contrat direct dont la validité n'était pas contestée, attendu que des marchés de cette nature rentraient dans les termes absolus et impératifs de l'article 1^{er} de la loi du 28 mars 1885... » (Voir cette jurisprudence dans Tchernoff, *Les marchés à terme et le report direct*, p. 68 et suivantes).

23. — Un arrêt de la troisième chambre d'appel est encore plus caractéristique : « Que la loi, dit-il, ne faisant aucune distinction et ne spécifiant pas qu'elle n'a eu en vue que les marchés traités en Bourse, s'applique aussi bien aux opérations réalisées hors Bourse qu'à celles réalisées en Bourse, sans considérer la manière dont elles seraient conclues, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'agents de change ou de gré à gré, le législateur ayant eu pour objectif de soustraire, en principe, les opérations à terme sur

valeurs et marchandises à l'application de l'article 1965 du code civil. »

24. — On a alors essayé de construire une théorie spéciale pour admettre qu'en dehors même de la loi, une opération de Bourse comporte une exécution effective et que toutes les précautions sont prises, aussi bien par le jeu de la chambre de compensation que par celui de report, pour arriver à garantir l'efficacité, l'effectivité des marchés à terme. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point à propos de l'application du report au contrat direct. Il nous suffit, dès maintenant, de donner quelques considérations qui prouveront facilement que cette conception repose sur une erreur.

« Si les parties contractent aux conditions de règlements et usages de la Bourse, dit M. de Cénac dans son ouvrage : « *La loi du 28 mars 1885 et la convention de contrat direct* », elles excluent par cela même l'application des principes généraux du droit.

« Or, continue-t-il, le caractère essentiel, fondamental, celui en raison duquel les transactions de la Bourse se différencient, tant des ventes à terme de droit commun que des conventions de jeu ou de pari, résulte de cette circonstance que le marché à terme de Bourse n'engendre pas seulement, en principe, l'obligation réciproque de livrer et de payer, en l'absence de laquelle la convention de vente ne peut

avoir aucune valeur juridique, mais comporte obligatoirement l'exécution effective à l'échéance des engagements qui en résultent. »

L'auteur ajoute, pour compléter sa pensée, que le marché à terme de Bourse est par essence exclusif de toute possibilité de prorogation ou résiliation ; il revêt, du fait de l'exécution effective obligatoire à laquelle il est soumis, un caractère spécial dont il semble que la jurisprudence n'ait pas fait état jusqu'à ce jour (Voir ouvrage cité, p. 187 et suiv.).

La règle est appliquée par l'auteur au report direct qui, pour lui, ne constitue qu'un mode d'exécution effective des obligations. Il ne suffit pas que le report emprunte aux usages quelques modalités de marchés relatifs à l'échéance des opérations, à la liquidation ; il faut, en outre, qu'il se traduise par un mouvement de fonds, de titres et par l'intervention d'un tiers. Bref, le report, comme le marché principal, doivent se traduire obligatoirement par la livraison des titres qui en sont l'objet. »

25. — Cette affirmation, évidemment, laisse de côté les contrats dans lesquels on ne trouve pas la clause aux conditions et usages de la Bourse ; mais, la plupart des contrats directs, tels qu'ils se pratiquent à la Bourse, contiennent généralement une clause aux conditions et usages de la Bourse, par laquelle les

parties se soumettent aux usages en vigueur en ce qui concerne les époques de liquidation, le mode du report, le taux de compensation du report, etc. Et c'est là une des conséquences de l'interprétation extensive donnée par la jurisprudence aux usages codifiés par le décret de 1890. En l'absence de tout texte précis pour la liquidation d'office pour le reporté, les tribunaux, interprétant l'acceptation présumée des parties, étendent ce qu'ils appellent l'usage de la Bourse, à toutes opérations de Bourse. L'opération de Bourse devient une conception autonome indépendante du marché où l'opération a lieu pour être soumise à des conditions, à des obligations imposées par le marché.

La source de cet usage n'est pas, certainement, dans le décret de 1890 ; elle est dans les clauses de style qui complètent le contrat, qui y suppléent dans le silence des conventions, car autrement la coulisse n'aurait jamais pu se les approprier, n'étant pas encore organisée par la loi et n'ayant pas de réglementation légale, édictée en vue de régir ses opérations. Or, si les usages de la Bourse s'imposent ainsi aux parties en présence par suite de leur acceptation présumée, on se demande pourquoi le contrat direct aurait le désavantage de ne pouvoir lui aussi créer des usages de Bourse, et pourquoi la pratique du contrat direct ne pourrait pas contribuer à

former les mêmes usages. Est-ce que la disposition générale ainsi conçue : « Quiconque fait commerce habituel de recueillir des offres et des demandes de valeurs de Bourse doit, à toute réquisition, représenter des bordereaux d'agent de change ou faire connaître les numéros et dates de ces bordereaux » ne s'applique pas aux contre-partistes ? Or, celui qui fait commerce habituel de recueillir des offres, évidemment peut procéder à des contrats qui fixent et développent les usages de la Bourse.

« Ces usages, disent très exactement MM. Tchernoff et Delhay, eux-mêmes sont précisément le résultat non d'une loi, mais d'une série d'habitudes résultant de la manière d'agir de ceux qui se livrent au commerce habituel portant sur les opérations de Bourse » (Voir *Opérations de Bourse devant la justice pénale*, page 112).

Si, par une simple adhésion aux usages de la Bourse, les parties sont libres d'adopter la plupart des dispositions dudit décret de 1890, c'est que ce dernier se présente alors avant tout comme une expression précise et complète de la volonté présumée des parties. Et puis, serrant de plus près cette idée qu'il faut des règles spéciales pour assurer l'exécution obligatoire et effective des opérations de Bourse, on s'aperçoit qu'elle repose sur une équivoque. Non seulement les usages de la Bourse ne tendent pas à as-

surer l'exécution effective, c'est-à-dire intégrale, mais au contraire, elles facilitent les liquidations différentielles, les prorogations d'obligations par le jeu du report ou de la caisse de compensation. En parlant du mode d'exécution des marchés à terme, MM. Lyon-Caen et Renault disent, avec raison : « Il n'y a aucune règle spéciale sur les liquidations d'agent à client ; elles sont, par suite, soumises aux principes généraux du droit. Le client vendeur doit remettre les titres, le client acheteur doit en fournir le prix. Si le même client est à la fois acheteur et vendeur avec un agent de change, la compensation légale a lieu jusqu'à due concurrence entre les sommes (article 1289 code civil), elle s'opère aussi entre les titres. »

Il n'y a, vraiment, de particularité que dans la liquidation centrale, dans la liquidation qui a lieu dans les rapports des agents de change et des coulissiers entre eux.

D'autre part, qu'est-ce qu'on veut dire en affirmant qu'il s'agit d'obtenir l'exécution effective d'une obligation ? Par le fait qu'une obligation existe, qu'elle soit ou non conforme aux usages de la Bourse, elle doit recevoir son exécution.

M. Tchernoff, dans sa brochure, dit avec raison : « qui dit obligation dit lien de droit. » Le lien de droit est formé pour être dénoué. Toute exécution est forcément effective ; on ne conçoit pas deux manières

d'exécuter une obligation, elle est effective ou non, on l'exécute ou on ne l'exécute pas. Plus spécialement les marchés à terme qui, en soi, se distinguent des marchés à crédit, le terme une fois arrivé, deviennent des opérations au comptant et comportent un règlement immédiat » (Voir *Le marché à terme*, page 124).

26. — Il semble qu'il y a une confusion dans cette conception entre l'effectivité et le mouvement des fonds et des titres, entre le côté économique et le côté juridique de l'opération. L'obligation peut s'exécuter sans que cette exécution entraîne à un degré quelconque un mouvement de fonds et de titres. J'exécute une obligation en éteignant l'obligation née du contrat qu'il s'agit d'exécuter sans que cette exécution implique vraiment un mouvement de fonds et de titres. C'est le côté accessoire, un détail de comptabilité qui peut se produire à l'occasion d'une exécution, mais qui n'y est pas forcément inhérent (Voir Tchernoff, ouvrage cité, page 125).

Aussi, n'est-il pas exact de dire qu'un marché à terme ne peut pas être défait par une simple résiliation. Voici un exemple que donne M. Tchernoff pour démontrer le contraire: « A... donne l'ordre d'acheter son titre à 100 francs ; son intermédiaire, par l'organe d'un autre intermédiaire C..., passe un

marché à terme avec le vendeur B... Il est évident que, conformément au principe du droit commun, A... ne peut pas résilier le marché à terme; unilatéralement, sa volonté ne suffit pas pour imposer la résiliation du contrat intervenu entre B... et C...; mais, si le vendeur consent à ne pas livrer les titres, la résiliation est parfaitement possible, aucun des principes dérogatoires au droit commun ne s'y oppose. Cela est exact pour la Bourse des valeurs, cela est d'une pratique courante pour la Bourse des marchandises. Et une liquidation centrale, loin de rendre effective l'exécution de marchés à terme, ne fait que faciliter les compensations, qu'arriver à ce résultat, que d'énormes mouvements de fonds et de titres se résument à une opération de comptabilité portant sur un chiffre infime.

27. — En résumant les explications qu'il fournit sur ce point, à l'appui de sa démonstration, M. Tchernoff, auquel nous renvoyons pour l'explication détaillée du fonctionnement de la liquidation centrale, résume ainsi son développement : « Pour les opérations de la liquidation centrale, de même que pour le report, et d'une façon générale, pour toutes les opérations de Bourse qui demandent avant tout de la simplicité, de la célérité, il est inexact de dire que l'exécution effective d'un contrat d'achat ou de vente

aboutit à un mouvement de fonds et de titres exigeant la présence de tous les titres et de toutes les sommes d'argent que le marché spécifie ».

Ainsi, dans l'opération que nous avons citée tout à l'heure, trois personnes se trouvant acheteurs, trois autres vendeurs, chaque marché — supposons-le — ayant porté sur 100 titres de même nature, on devrait *a priori* exiger la présence simultanée de 600 titres et le déplacement des sommes d'argent correspondantes. On pourrait alors se trouver en présence d'une hypothèse facile à concevoir : Les ordres donnés porteraient sur un nombre de titres supérieur à celui dont dispose réellement le marché. C'est dans cette production matérielle intégrale de tous les titres sur lesquels portent des marchés et des ordres même donnés en sens inverse, que se trouverait, d'après quelques-uns, la garantie la plus complète de l'effectivité de l'exécution des différentes obligations résultant de marchés contractés en Bourse. Ce serait là, le moyen idéal d'assurer le jeu sincère de la loi de l'offre et de la demande ; c'est ainsi qu'on arriverait à éviter la spéculation à découvert ; mais l'idée ne viendra à personne de proposer ce moyen qui aboutirait à la suppression de toute espèce de compensation et qui entraînerait des complications inextricables. La liquidation centrale subit un état de choses absolument opposé à ce contrôle idéal de l'exécution

intégrale de marchés en Bourse. Des centaines et des milliers de ventes, qui auraient dû entraîner le déplacement d'une grande quantité de titres, se résument en une levée ou en une livraison portant sur une quantité de titres infime. Cette simplification purement matérielle de l'exécution des opérations, est loin d'en assurer l'effectivité, dans le sens rigoureusement strict du mot. Il est donc exact de dire une fois de plus que tout le jeu de rouage de la Bourse : report, liquidation centrale, aboutit à établir un état de choses où les compensations et les règlements différentiels constituent le droit commun. Il n'y a aucun rapport entre le mouvement des titres et des fonds auquel devrait donner lieu, en droit commun, l'exécution intégrale du contrat intervenu, et le mouvement résumé et synthétisé portant sur des soldes qu'entraîne la liquidation centrale (Voir pages 134 et 135).

28. — Tout cela est absolument certain, mais derrière les solutions partielles, proposées, plus ou moins contestables, se cache une pensée plus profonde, plus vaste qu'il s'agit de dégager nettement, qui exprime la même tendance à la lutte entre la liberté et l'intervention, entre l'Etat et l'individu, entre le contrat réglementé et l'autonomie de la volonté des parties. Quand on va au fond de la conception déve-

loppée par M. de Cénac, on se rend compte qu'elle est inspirée du désir de favoriser le marché officiel. Loin de nous d'y voir un simple conflit, une rivalité entre le marché libre et le marché officiel, l'âpre jalousie de quelques douzaines d'intermédiaires officiels, investis d'un monopole. La pensée de l'auteur que nous analysons va au delà de ces mesquines rivalités d'intérêt ; elle tend à la défense de l'épargne par l'extension des usages du marché officiel, d'abord au marché libre, puis ensuite à toutes les opérations de Bourse ou à toutes les opérations où la spéculation intervient à un titre quelconque. Après avoir pris comme modèle les opérations de Bourse telles qu'elles sont pratiquées, en vertu du décret de 1890, après avoir démontré qu'en fait et non en droit, ces opérations donnent lieu à une exécution effective, à un réel mouvement de fonds et de titres, on voudrait arriver à étendre le même type d'opérations avec ses modalités, ses particularités même déroatoires au droit commun, à toute espèce d'opération. On voudrait créer, à côté de la loi, un droit qui régirait tous les marchés à terme, pratiqués même hors Bourse. La jurisprudence a semblé s'y orienter et la protection de l'individu se trouverait dans la nécessité impérative d'adopter ces usages de la Bourse, de les interpréter d'une certaine façon et dans la nullité du contrat qui pourra résulter de la dérogation à ces

usages. Il y aurait alors une espèce de protection légale à laquelle les donneurs d'ordre auraient eu droit, par le fait même qu'ils auraient fait une adhésion même implicite, à l'usage de la Bourse. C'est évidemment tout le contraire de la volonté de l'autonomie libre des parties et peut-être même cette pratique, si elle arrivait à s'implanter, aurait-elle pour résultat, non de développer les connaissances techniques des joueurs en Bourse ou des donneurs d'ordre, mais, au contraire, par un interventionnisme outrancier, d'enlever l'unique moyen d'éducation financière aux non initiés. En effet, si, par le fait qu'on se réfère à un usage de la Bourse, on est réputé accepter par avance et tacitement toutes les clauses de style qu'on a l'habitude d'y insérer, le marché à terme deviendra de plus en plus sommaire, de moins en moins complet. On n'aura pas besoin d'y insérer des clauses précises, complètes, appelant l'attention du donneur d'ordre, l'instruisant, l'éclairant ; il n'aura qu'à s'en référer à cette protection qui résulte de l'extension à l'opération de Bourse de l'usage en vigueur, obligatoire à toute espèce de contrat de Bourse.

29. — Nous estimons que peut-être l'épanouissement du droit commun, l'application stricte du droit commun fournirait une protection plus efficace et plus

complète. On serait obligé alors de développer les contrats, d'y insérer toutes les clauses de style qu'on est réputé connaître, de ne pas réputer connu tel ou tel usage, et de ne pas attacher au terme un sens sacramentel. Avec la tendance jurisprudentielle actuelle, on se heurte à des contradictions qui tiennent beaucoup plus aux mots qu'aux choses. Si je vous ai proposé de faire un marché pour votre compte, c'est forcément un mandat ; si, au contraire, je vous dis : je vous achète ou je vous vends, alors c'est un contrat direct. Et parfois il suffit d'une mention pour déterminer ainsi le sens de tout le contrat. A la vérité, à la Bourse, comme partout ailleurs, l'éducation juridique est loin d'être complète. Il arrive très souvent que les spéculateurs professionnels eux-mêmes n'emploient pas les termes dont ils se servent, dans un sens rigoureusement juridique. Ce n'est pas tel ou tel terme ou le sens impératif fixé qui peut déterminer la nature du contrat, mais l'ensemble des clauses, des dispositions qui, plus elles sont complètes, déterminent d'autant la physionomie de l'opération. Les opérations de Bourse doivent donc être soumises au droit commun et c'est le droit commun qui, alors, autorise le contrat direct et par là même le rend licite.

30. — Le contrat direct, à la suite du développement qui précède, peut donc se caractériser par le trait suivant : Il implique l'exclusion de tout recours à un intermédiaire ; il ne met en présence que deux personnes et, par là même, tend à se rapprocher de la pratique de la commission ducroire où deux personnes se trouvent en présence. Il peut porter aussi bien sur des opérations à terme que sur des opérations au comptant, mais quand il y a remise de titres contre de l'argent, on se trouve en présence de la vente directe. Toutes les autres opérations qui n'impliquent pas remise de titres contre le paiement immédiat relèvent de la contre-partie. Cette distinction de la vente directe, du contrat direct est critiquée. On voudrait voir entrer et la vente directe et le contrat direct dans la même catégorie d'acte. Mais nous sommes obligés d'en tenir compte ; depuis que les arrêts de février 1910 en matière de valeurs admises à la cote officielle n'admettent comme rentrant dans le domaine de la liberté que le troc, c'est-à-dire la remise du titre contre espèces, la vente directe dans le sens du mot, c'est en somme l'absence du règlement immédiat en espèces, l'exclusion de tout intermédiaire qui caractérisent la contre-partie. Contrairement au vendeur direct dans le sens qui vient d'être déterminé de ce mot, le contre-partiste vend des titres qu'il ne possédait pas au moment même de l'opéra-

tion et il peut s'engager à livrer au comptant des titres qu'il ne connaît pas individuellement et d'une façon concrète au moment de l'opération. En cela, il se rapproche de l'intermédiaire. En effet, il a été jugé en droit que la vente à la Bourse portant sur des choses *in genere*, les titres faisant l'objet de l'opération peuvent n'être pas définis ou ne pas se trouver dans la possession du vendeur au moment de la vente (Cour de Paris, 9^e chambre, 5 juillet 1910, page 189).

II

Le report en matière de contrat direct devant la jurisprudence.

31. — Si, en matière de contrat direct, la question de validité est résolue dans le sens de l'affirmative, au moins en présence d'un contrat formel, d'une déclaration précise, la question reste entière pour le report en matière de contrat direct. Voici où gît la difficulté : Le report, en matière de contrat direct, est-il possible, existe-t-il, est-il couvert par la même présomption de validité dont la loi de 1885 couvre l'opération initiale ? Tout d'abord, expliquons-nous sur la conception même du report. Il ne s'agit pas de résoudre la question de savoir si le report constitue un prêt, une avance garantie par des titres mis en report. Nous exposerons la définition légale et classique d'après laquelle le contrat de report est un contrat spécial, complet en lui-même ; un achat au comptant et une revente à terme, ou vente au comptant et rachat à terme, intervenus simultanément sur les mêmes valeurs. Il y a report direct ou report indirect suivant que le report intervient entre les

mêmes personnes ou des personnes différentes (Voir Cassation, 6 mai 1902, Dalloz, 1903, 1^{re} partie, p. 99).

Au point de vue de la question qui nous occupe, le problème qui se pose est le suivant : Le report implique-t-il un mouvement de fonds et de titres ou peut-il se réaliser sans mouvement de fonds et de titres, ou, si l'on creuse les choses plus au fond, suffit-il, pour que le report soit possible, qu'il soit valable, qu'il aboutisse à un règlement différentiel ? Ou faut-il, en outre, démontrer qu'il a reçu une exécution effective et intégrale ? Et en serrant de plus près encore le sujet et la question, on peut se demander si pour l'opération de report, de même que pour l'opération initiale, il suffit que le contrat ait revêtu la forme d'un marché à terme pour que sa validité ne puisse plus être contestée.

Toutes ces questions ont été débattues à la suite des tendances nouvelles qui se sont manifestées devant une section du tribunal de commerce de la Seine, tendances qui ont été affirmées dans l'ouvrage de M. de Cénac : *La loi de 1885 sur les marchés à terme*. Ces tendances ont reçu une expression précise dans un document de jurisprudence que nous tenons à reproduire intégralement, car il fait l'objet de notre discussion. En voici les termes :

32. — « Considérant que, suivant convention inter-

venue les 7 et 8 janvier 1909..., X... et Y... ont pris l'engagement de traiter comme contre-partistes, par contrat direct, des opérations de Bourse « en tous points régies par les usages du marché de Paris » ;

Considérant qu'à la liquidation de janvier, les opérations effectuées durant ce mois se sont traduites au débit de R... par une somme de..., qu'il a réglée par net à point ;

Considérant que ces opérations se sont prolongées sur février et qu'à l'échéance du mois, elles se sont soldées au débit de R..., par... dont les banquiers lui ont réclamé le paiement ;

Considérant que R... ne contesta pas la validité des opérations faites, qu'il sollicita terme et délai sous la condition du maintien intégral de sa position ;

Considérant que cette condition fut refusée par (banquiers) qui liquidèrent la position, se réservant de former de ce chef les demandes additionnelles qu'il appartiendra ;

Considérant que les premiers juges, interprétant inexactement l'effet de la cause et les droits des parties, ont, à tort, accueilli la demande...

Considérant qu'il s'agit d'opérations réalisées par contrat direct et devant, aux termes de la convention, être en tous points régies selon les usages du marché de Paris, qu'il en résulte que les rapports des parties

étaient soumis aux conditions édictées par les usages et les règlements des marchés ;

Considérant que les opérations d'achat et de vente n'ayant pas, lors de la liquidation de fin février, fait l'objet, ni de levée ni de livraison effectuée de titres, devaient être reportées régulièrement ;

Considérant que le contrat de report, contrat *sui generis*, a été institué pour assurer, quand le spéculateur ne peut le faire lui-même, l'exécution effective, imposée obligatoirement par les règlements et usages de la Bourse, des engagements contractés à terme ; qu'il implique nécessairement l'intervention d'un tiers assurant cette exécution effective, se substituant à cet effet au spéculateur qui peut ainsi, au moyen d'engagements nouveaux contractés par lui au regard de ce tiers, bénéficier d'une opération identique jusqu'à la liquidation suivante ;

Considérant que le contrat de report ayant pour cause génératrice et pour objet d'assurer l'exécution effective des engagements originaires, ne peut se former entre les contractants de ces engagements ; ces engagements étant exécutés par eux effectivement se trouveraient éteints et rendraient le report sans objet ;

Considérant que les documents versés au procès, les états des parties établissent que les reports invoqués sont intervenus entre les contractants, qu'ils

sont donc entachés de fictivité ; d'où il suit que les engagements originaires qui ont motivé ces reports simulés n'ont pas reçu l'exécution effective, prescrite obligatoirement par les règlements et usages de la Bourse ; qu'ils sont, par suite, inexistants et n'ont pu créer entre les parties un lien d'obligation....» (Voir arrêt de la 9^e chambre d'appel, du 14 novembre 1911. Voir sur cet arrêt les articles de M. Emmanuel Vidal, dans *la Cote*, en date du 21 novembre 1911, et la brochure déjà citée de M. Tchernoff, p. 96 et suiv.).

L'arrêt procède de deux idées générales. La première, déjà critiquée par nous, que les opérations de Bourse comportent une exécution obligatoirement effective dont peuvent se dispenser les contrats de droit commun, le report étant un mode d'exécution de marché à terme, doit lui aussi comporter une exécution effective et se traduire par un mouvement de fonds et de titres s'appliquant à l'intégralité des sommes à décaisser et des titres à lever.

33. — Nous avons déjà discuté cette conception. En ce qui concerne le report, on ajoute qu'il implique forcément l'intervention d'un tiers qui doit avancer les sommes d'argent avec lesquelles, prix d'achat ou prêts, pourrait s'effectuer la levée des titres à reporter. Tout cela est sujet à caution et suscite les controverses les plus graves.

Prenons pour illustrer nos explications, un exemple: A... donne, le 25 décembre, l'ordre à son mandataire d'acheter 100 titres à 100 francs fin décembre, négociables au marché libre. La liquidation du mois de décembre arrive. B..., le vendeur, sa contre-partie à la Bourse, se met à même de livrer les titres ; mais A..., qui n'a pas les fonds pour les lever, fait proroger sa position de spéculation, se fait reporter. Le report, accepté tacitement, sera annoncé au reporté, l'acheteur, dans l'opération initiale par un avis du 30 décembre, qui lui fera connaître l'acquisition pour son compte d'une quantité de titres égale à celle qu'il devait lever fin décembre, livrable fin janvier prochain, au cours de compensation établi par la chambre syndicale, augmenté du loyer des capitaux par titre. Son compte de liquidation du mois de décembre se présente sous forme de deux colonnes : La première le laisse apparaître comme acheteur à la date du 25 décembre, au cours auquel il a été avisé ; dans la deuxième, il apparaît comme vendeur au cours de compensation de cette liquidation. Son solde et la balance seront établis en portant à son crédit le montant de la vente des titres fin décembre, en y ajoutant les impôts et courtages usuels et en mettant à son débit le montant de l'achat des titres au cours du 25 décembre. Mais n'oublions pas que ce compte de liquidation, pour le reporté, n'a qu'une consé-

quence, c'est de l'obliger à régler la différence qui est à son actif ou à son passif. Le report présente deux opérations, au comptant et à terme, qui se produisent simultanément. La situation du reporté se trouve fixée par le marché à terme (par l'achat ou la vente) qu'il donne l'ordre d'effectuer pour son compte, fin janvier.

« C'est cette nouvelle position (Voir Tchernoff, ouvrage cité, p. 103), résultant de la prorogation du premier marché une fois exécuté, qui constituera la véritable exécution du marché. Dans l'intervalle, il n'y a qu'un seul règlement effectif dans le rapport entre A... et son banquier : c'est le paiement de la différence établie par le compte de compensation, et vis-à-vis du client A..., le mouvement de fonds réel n'existe qu'en ce qui concerne la différence dont il est débiteur ou créancier suivant le résultat du compte de liquidation.

Ainsi donc, le report, au lieu d'aboutir à l'exécution effective et intégrale du marché à terme, comme cela aurait dû se produire dans tout marché à terme, (car le marché à terme, une fois l'échéance arrivée, devient un marché au comptant), facilite un règlement provisoire, provisoire dans ce sens qu'il ne comporte pas l'exécution de l'obligation principale en vue de laquelle le marché initial allait être contracté. Ce que le donneur d'ordres vise dans le marché à terme, ce

n'est pas la spéculation accessoire qu'implique le report et qui vient se greffer sur l'opération principale. La spéculation véritable ne se réalisera que quand l'opération principale sera complètement dénouée ; mais il est possible que le but visé par le donneur d'ordres ne puisse pas être atteint au cours de la première liquidation, les chances de hausse ou de baisse escomptées par lui ne s'étant pas réalisées, et qu'alors, il fasse reporter sa position, il la liquide provisoirement et la liquidation définitive n'aura lieu que quand l'opération originale sera liquidée par une opération inverse.

« Ainsi défini, dit M. Tchernoff dans sa brochure, le report qui renferme la prorogation du marché à terme initial consiste dans le maintien, en faveur du reporté, d'une position identique à la première, sous forme d'un marché à terme intervenu entre reporteur et reporté. Et non seulement, le report ainsi défini ne tend pas à renforcer l'obligation de procurer une exécution effective et une opération au comptant, mais, au contraire, il permet d'éviter le règlement définitif immédiat, et seules, les conditions en usage à la Bourse qui distinguent, d'un côté, les règlements intervenus à propos d'une liquidation, et, d'autre part, l'exécution définitive de l'obligation, seules ces conditions autorisent l'usage du report.

34. — La notion juridique du report ainsi présentée, a l'avantage de concorder avec la jurisprudence. Le report est une opération au comptant, accolée à un marché à terme. Le report est une opération *sui generis* ; donc, il ne se confond pas avec un des procédés indiqués par le code civil comme moyen d'exécuter une obligation. Le report est une opération nouvelle distincte de la première ; cela répond à la conception économique du report : position de spéculation qui ne se confond pas avec la première, position de spéculation résultant de la première opération, mais qui s'y rattache, qui s'unit intimement, qui la prolonge. C'est précisément parce que, dans le report, l'élément du marché à terme l'emporte sur le marché au comptant que, dans l'ancienne jurisprudence, le report était considéré comme un moyen détourné de masquer un règlement différentiel qui encourait les mêmes rigueurs de la jurisprudence que le marché à terme (Voir Allix, *Le report dans les Bourses de valeurs*, p. 207).

Si la loi de 1885 valide tous les marchés à terme, elle n'en excepte pas le report, et le report se trouve nettement rappelé dans le rapport général de la commission extra-parlementaire adressé à M. le garde des sceaux, qui a servi d'exposé des motifs à la loi de 1885 (*Revue critique de législation*, 1883).

Cependant, un mouvement de fonds et de titres

peut se produire et se produit à propos du report, mais cette constatation de fait ne détruit nullement les considérations qui précèdent. Voici, en effet, comment les choses peuvent se passer :

Quand, dans l'hypothèse que nous avons prise, fin décembre arrive, le banquier chargé d'acheter se trouve en présence de son confrère qui désire lui livrer les titres qu'il s'est procuré par une opération inverse d'un de ses clients ; si le premier spéculateur juge utile de proroger sa position, il n'en est pas moins vrai que le contrat conclu par le second intermédiaire avec son client doit s'exécuter. Le premier client A... n'ayant pas d'argent, son banquier B... pourra lui tenir le raisonnement suivant : Je m'en vais me procurer de l'argent dans un établissement de crédit qui me l'avancera à certaines conditions, plus avantageuses que celles qu'il aurait pu vous faire à vous ; il me prête à moi à tant pour cent sur le capital avancé ; je vous prêterai à vous à tant par titre et je réaliserai un avantage sur la différence. En réalité donc, je ferai intervenir une tierce personne, mais, en somme, les choses se passeront comme si j'étais votre propre reporteur, car je vous prête à des conditions autres que celles auxquelles j'emprunte moi-même à l'établissement de crédit qui m'avance les capitaux nécessaires pour effectuer votre report. Je peux le faire plus simplement en faisant votre report

avec les deniers de ma charge. En effet, je suis obligé d'avoir un capital social, parfois un capital très important qui, souvent, reste inemployé. Eh bien, me conformant à une jurisprudence qui déclare que le report, contrairement à l'opération initiale, peut être fait directement par le banquier — car il n'y a pas d'opposition d'intérêts entre le banquier et le client — c'est moi-même qui serai votre reporteur (Rapport de M. Denis ; Conclusions de M. Feuilloley, cités par M. Tchernoff, brochure citée, p. 94).

Dans la circonstance, quand le banquier agit ainsi, un mouvement de fonds peut se produire, mais la situation peut changer quand le banquier s'adresse au client pour lui dire : Mais à côté de l'acheteur qui veut se faire reporter, il y a le vendeur qui veut reporter. Les deux catégories de clients, acheteurs et vendeurs, peuvent se reporter réciproquement et alors les reports se régleront par une compensation ou par une simple différence.

M. Desjardins, à propos du procès de 1903, disait lui-même : « Peu importe d'ailleurs que, dans la pratique, le report entre acheteurs et vendeurs se règle entre eux par une simple différence. »

35. — Il résulte des considérations qui précèdent, que le report n'implique pas forcément l'intervention d'une tierce personne, et c'est, d'ailleurs, là le sens du

report direct que le report n'implique pas forcément un mouvement de fonds et de titres s'appliquant à l'intégralité des titres à lever et des sommes à décaisser. Le report peut aboutir à un règlement différentiel absolument comme l'opération initiale. Pourquoi refuserait-on, en présence de ces constatations et des travaux préparatoires, au report en matière de contrat direct, le bénéfice de la loi de 1885 ? S'il n'y a aucune raison de ne pas étendre la présomption de validité de la loi de 1885 à l'opération initiale, sous le prétexte qu'elle n'aboutit pas à un règlement effectif, pourquoi la refuserait-on au report, opération accessoire ? Et tout se ramène alors à une question d'interprétation de l'intention des parties.

36. — C'est, d'ailleurs, ainsi que la cour de cassation a toujours interprété ce problème et un arrêt récent n'a fait que confirmer, mais d'une façon plus explicite, étant donné l'objet du pourvoi, la doctrine depuis longtemps professée par la cour de cassation. Voici le texte de cet arrêt et celui du jugement qui l'a motivé :

Le tribunal de commerce a fait droit à la demande de M. Masson par un jugement ainsi conçu :

LE TRIBUNAL,

Sur la demande de Roussel en remboursement de 950 fr. 50 :

Attendu que Roussel base son action sur une viola-

tion de l'article 76 du code de commerce ; que cette violation entraînant une nullité ne peut produire aucun droit au profit de ceux qui y ont participé ; que, par suite, il est de jurisprudence que le mandant ne peut, à raison du mandat illégal, exercer contre le mandataire ni action, ni répétition ;

Sur la demande de Masson, en paiement de la somme de 1.161 fr. 80 pour liquidation d'opérations de Bourse faites avec Roussel :

Attendu que, sans examiner si ces opérations constituent un véritable report, il est certain qu'elles présentent avec le report de nombreuses analogies ;

Attendu que ces analogies et les conséquences qui pourraient en résulter ont été acceptées par Roussel puisque, dans le contrat qualifié contrat direct en date du 1^{er} août, il est stipulé qu'à chaque liquidation, sauf avis préalable, Masson pourra appliquer d'office à Roussel les opérations nécessaires pour que les échéances des opérations soient prorogées dans les mêmes conditions accessoires que s'il s'agissait de reports faits en Bourse ; qu'au surplus, la lettre du 3 novembre 1910 dans laquelle Roussel déclarait à Masson qu'il n'avait rien à lui reprocher et que son refus de paiement provenait sciemment du défaut de ratification de la part d'un tiers pour le compte duquel il aurait opéré, prouve bien qu'il avait entendu se livrer à des spéculations de Bourse ;

Par ces motifs,

Condamne Roussel à payer à Masson la somme de 1.161 fr. 80 avec les intérêts judiciaires.

Arrêt :

LA COUR,

Sur le moyen unique du pourvoi pris de la violation des articles 1108, 1131, 1156 et suivants, 1965 et 1984 du code civil, 7 de la loi du 20 avril 1810 :

Attendu qu'il est constaté par le jugement attaqué que Masson, banquier, et Roussel, remisier, qui faisaient entre eux des spéculations sur valeurs par contrat direct, étaient convenus que Masson pourrait, à chaque liquidation, appliquer d'office à Roussel, sauf avis préalable, les opérations nécessaires pour que les échéances de ces opérations soient prorogées dans les mêmes conditions accessoires que s'il s'agissait de reports faits en Bourse ;

Attendu que les conséquences qui pouvaient résulter pour lui de ces opérations ayant été acceptées par Roussel, le jugement attaqué, qui est motivé, a pu condamner Roussel à payer à Masson la somme de 1.150 fr. 80 pour solde d'un compte d'échéances ainsi prorogées et n'a, en statuant ainsi, ni donné effet à une convention illicite, ni violé les articles 1965 et 1984 du code civil et les règles du contrat de mandat qui étaient inapplicables dans la cause ;

Par ces motifs,

Rejette...

Les commentaires de M. Feuilleux, que nous reproduisons (1), expliquent très bien la pensée de l'éminent rapporteur de la cour de cassation.

En serrant de plus près l'hypothèse que nous avons analysée en théorie, voici alors comment, pratiquement, la question se présente :

A... et B... sont vendeur et acheteur. Le marché à terme a été conclu le 18 décembre à échéance 31

(1) Voici ces commentaires :

« Au soutien du moyen, le mémoire ampliatif expose que la jurisprudence admet bien, il est vrai, que le coulissier, intermédiaire de son client, peut se constituer le reporteur de ce client, mais que c'est à la condition seulement qu'il lève les titres, qu'il les paie de ses deniers et qu'il les tienne à la disposition de son client qui les a rachetés à terme : Or, fait observer le pourvoi, il n'en est point ainsi dans la cause où il n'y a eu ni paiement, ni livraison de titres et où tout s'est fait par un simple jeu d'écritures. D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait le jugement attaqué a donné effet à une obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite et faussement appliqué les règles du mandat.

« Nous n'avons, au point de vue théorique, aucune objection à faire à cette argumentation, mais elle nous paraît être dépourvue de toute valeur dans la cause, en présence des termes du jugement qui est une décision de fait. Examinant, en effet, ce qu'avaient été les conventions intervenues entre les parties, il constate que si les opérations qui auraient constitué Roussel débiteur de 4.150 fr. 80, présentent avec le report, notamment au point de vue des effets et des conséquences, de nombreuses analogies, elles ne sont cependant pas des reports proprement dits. Ce sont, dit-il, de simples prorogations d'échéances faites directement

décembre. A la liquidation de décembre, l'acheteur a parfaitement le droit de demander la liquidation, c'est-à-dire la livraison des titres. Il ne le fait pas, mais se fait reporter ; il recevra du banquier contrepartiste un avis d'opéré qui portera sur une colonne *Report* la valeur des titres aux cours de compensation augmentés du loyer des capitaux. L'opération se présenterait comme si le banquier vendeur avait racheté les titres de son client pour les lui revendre aux

entre les parties, conformément au contrat que Roussel avait accepté.

« Le pourvoi, qui ne produit pas les conventions qui seraient intervenues entre les parties, ne nous permet pas d'apprécier si le jugement les a exactement qualifiées : bien que très sommaires, les constatations du jugement nous paraissent donner à sa décision une base légale. Si, en effet, le contrat direct est chose licite lorsqu'il est fait en connaissance de cause, ainsi que vous l'avez jugé à maintes reprises, il n'y a aucune raison pour que les échéances des comptes résultant de ces opérations ne puissent pas être, elles aussi, prorogées au moyen d'un contrat direct. Il faut, mais il suffit qu'il y ait eu accord à cet effet entre les parties. Or, il est déclaré par le jugement que les conditions du contrat avaient été acceptées par Roussel dans un contrat portant la date du 1^{er} août, contrat, — ne l'oublions pas, — intervenu entre deux professionnels de la Bourse, l'un banquier, l'autre remisier.

« En présence de ces constatations, le pourvoi ne nous paraît pas être fondé à soutenir que le jugement attaqué a violé l'article 1131 du code civil, en donnant effet à une convention illicite et faussement appliqué les règles du mandat, puisque, dans la cause, les rapports entre les parties n'étaient pas ceux de mandant à mandataire.

« Nous vous proposons le rejet de la requête ».

cours de compensation augmentés du loyer. Aucune raison de principe ne s'oppose à cette opération ; les deux créances se liquident, les deux créances sont exigibles. L'acheteur a le droit de demander la livraison de ses titres, le banquier a le droit de les racheter. Une fois la liquidation intervenue, une compensation peut s'établir entre les deux dettes et seule la différence est effectivement réglée par le donneur d'ordres si, par exemple, c'est lui qui subit la baisse des titres faisant l'objet du report. Le même marché à terme qui confirme, par sa forme, la validité de l'opération initiale, stipule que les mêmes conditions de validité suffisent pour le report qui est une opération distincte et indépendante. Si donc, pour l'opération initiale, le juge se trouve lié par la forme du marché à terme, il l'est autant pour l'opération accessoire qui est le report.

III

Le contrat au comptant différé.

37. — La difficulté qui se présente en ce qui concerne le report en matière de contrat direct, a suscité, dans la pratique, un certain nombre d'autres contrats qui excluent formellement le report : ce sont des contrats hors Bourse qui empruntent aux usages de la Bourse certaines clauses, qui ressemblent à un marché à terme et qui en diffèrent pourtant par certains traits essentiels. L'un d'eux a tenu dans la pratique une place très importante ; il est encore peu connu en théorie et mérite une étude un peu plus précise ; il s'appelle le contrat au comptant différé.

Nous en donnons un modèle d'après quelques exemples qu'a enregistrés la jurisprudence : Il est généralement doublé d'une ouverture de compte courant, et nous reproduisons ici même les deux contrats.

1° Une banque vend à sa clientèle tous les titres admis au marché, au cours du jour, sans aucune majoration de prix et c'est moyennant le versement

d'une partie seulement du montant de ces titres qu'une partie est fixée à tant pour cent de la valeur des titres cotés au Parquet et à tant de ceux cotés en Banque. Ces opérations sont soumises aux conditions suivantes : En même temps que l'ordre d'achat, l'acheteur doit effectuer son versement de tant pour cent ou en demander le recouvrement par la poste. Ce versement doit toujours être maintenu dans la même proportion en cas de baisse des valeurs achetées. Un compte courant général est ouvert dès le jour de l'achat ; il est débité d'un intérêt au taux de 5 % l'an sur les sommes formant la différence entre les versements et le montant total de l'achat.

L'acheteur a sur les titres absolument les mêmes droits et avantages que s'il les avait intégralement réglés et, notamment, il bénéficie de l'intégralité des coupons. Il peut également en demander la détention, mais seulement après avoir payé leur montant intégral, et la livraison, quand il lui conviendra, sous la seule restriction que le banquier disposera des délais de livraison habituellement admis en Bourse, le tout à partir, non pas du jour de l'achat, mais du jour de la demande de détention ou de livraison. Dans le cas où la demande de livraison s'appliquerait à des titres nominatifs, ceux-ci ne seront transférés, au nom de l'acheteur, qu'après leur paiement total.

La Banque n'est tenue d'aucune autre justification

que celle de la régularité des cours par les cotes officielles.

Tous les trois mois, c'est-à-dire, les 15 janvier, 15 avril, 15 juillet, 15 octobre, un relevé du compte courant est fourni sans frais à l'acheteur et, sauf avis contraire, il est réputé exact et accepté par celui-ci après huit jours de sa date d'envoi...

Un compte courant général productif d'intérêt au taux de 5 % l'an, tant au débit qu'au crédit, est ouvert à M. X... A ce compte, seront portés à leurs dates respectives les soldes de compte de liquidation concernant les opérations à terme ordinaire, 1/2 % par mois des sommes versées pour couverture, en paiement de garantie contre les pertes. Le montant des autres opérations, savoir les achats au débit et les ventes au crédit, de plus, pour les titres achetés, le contractant sera crédité d'une somme équivalente aux coupons, le lendemain de l'échéance de ces coupons. »

Voici en quoi ces opérations diffèrent des opérations de Bourse ordinaires ou même du contrat direct ordinaire : Dans le contrat direct ordinaire, les liquidations ont lieu aux mêmes époques qu'à la Bourse, tous les 15 jours ou tous les mois. A chaque liquidation, le donneur d'ordres a le droit de demander l'exécution du contrat. Dans le comptant dit : différé, la liquidation peut avoir lieu tous les trois mois ou

tous les six mois, suivant la convention des parties. Dans le contrat direct classique, la livraison des titres doit avoir lieu dans les délais d'usage. Dans le comptant différé, la livraison des titres ne peut avoir lieu que dans les délais d'usage mais dont le point de départ est la demande de livraison formulée à cet effet.

Dans le contrat direct classique, l'opération initiale est suivie du report qui proroge l'opération. Dans le comptant différé, il n'y a point de report ; l'opération se présente comme faite au comptant, seule l'exécution en étant différée ; et c'est, d'ailleurs pour éviter les frais de report et les courtages que l'opération de report entraîne, que l'opération au comptant différé a été inventée. Le client doit savoir que les titres qu'il est réputé avoir achetés ou vendus ne sont pas détenus, ne se trouvent pas dans son portefeuille. Evidemment, il ne doit pas s'attendre à ce que son ordre soit transmis au marché. On procède comme si la vente avait eu réellement lieu, comme si l'achat avait été réellement réalisé. D'un côté, le client est débité du montant des sommes que le banquier est réputé avoir avancées pour acheter les titres, d'un intérêt pour les sommes ainsi avancées. D'autre part, le client est crédité de la valeur réelle des titres aux cours du jour et des coupons détachés, tout comme si les titres étaient réellement

acquis et comme si les coupons étaient réellement détachés.

On comprend très bien que ce caractère composite et bâtard du comptant différé a suscité des controverses dans la pratique.

IV

Evolution de la jurisprudence en matière de comptant différé.

38. — D'après un premier système, le comptant différé ainsi décrit est nul. Voici comment cette nullité est motivée :

« Considérant que cette combinaison, fondée sur des accords particuliers, paraît comporter, de la part du banquier, vente de titres pour la livraison desquels il intervient entre les parties un contrat ajournant l'échéance à une certaine époque, moyennant des avantages consentis au banquier et, de la part du donneur d'ordres, la faculté de jouir des titres réellement achetés, de profiter de leurs plus-values éventuelles, en courant les risques de moins-values ;

« Considérant que l'expression comptant implique une opération dont le règlement immédiat s'impose ; que le banquier devrait donc être en mesure de représenter les titres....

« Considérant que, si ce contrat particulier, dont

le mécanisme ingénieux n'a certainement pas été compris par X..., étranger en matière de Bourse, ne porte pas atteinte aux conditions requises pour la validité de toute convention, il faut, tout au moins, que le contrat ait été exécuté ;

« Considérant que des documents versés au procès, il résulte qu'aucune des opérations d'achat ou de vente, portées sur les avis et bordereaux de liquidation, n'a été effectuée ; que les divers éléments de débit et de crédit se référant à des opérations inexistantes, n'ont pu donner naissance au fonctionnement d'un compte courant ; que X... détient, par suite, sans cause, la couverture » (Cour de Paris, 3^e chambre, 18 avril 1902, *Droit financier*, 1902, p. 253).

Un second arrêt de la cour de Paris, du 21 juin 1902, est plus formel et prononce la nullité de l'opération pour fictivité et inexistence. En voici les parties essentielles :

« Considérant que, pas plus pour les opérations au comptant différé que pour celles à terme, X... ne rapporte la justification de leur réalité et de leur régularité ;

« Considérant qu'il excipe vainement des dispositions impératives de l'article 541 du code de procédure civile, que la réception par Y..., sans protestation ni réserve, des avis, bordereaux, états de situation, ne saurait être génératrice d'une obligation for-

mant obstacle à la révision d'un compte qui n'a pas été approuvé en connaissance de cause ;

« Considérant que les divers éléments de crédit ou de débit, se référant à des opérations inexistantes, n'ont pu donner naissance au fonctionnement normal et régulier d'un compte courant » (*Droit financier*, 1902, p. 396).

Les considérants que nous avons cités semblent fonder la nullité du contrat sur l'absence de cause ou sur l'inexistence d'objet. On sent très bien, de la part du tribunal, la crainte de faire allusion à la loi de 1885. Il n'ose pas dire franchement que l'opération est nulle parce qu'elle n'aboutit qu'à un simple règlement différentiel. Sur le terrain de la loi de 1885, l'opération pouvait être défendue ; on pouvait dire que le tribunal ne peut pas scruter l'intention des parties et se demander si l'absence d'une exécution effective ne laisse pas percer l'intention de jouer. C'eût été scruter l'intention des parties. On préfèra alors se placer sur le terrain des éléments essentiels du contrat pour en prononcer la nullité.

Un arrêt de la cour de Paris, du 10 février 1912, va plus loin et déclare nettement que le contrat est nul, car il est fait sous condition potestative de la part de celui qui peut en demander l'exécution. Le contrat n'aboutira à une livraison de titres que

si le donneur d'ordres en exprime l'avis formel, et voici les termes caractéristiques de cet arrêt :

« Considérant que la convention intervenue entre X... et Y... ne saurait être considérée comme constituant un contrat direct autorisé par la loi du 28 mars 1885 ; qu'en effet, en raison de la complexité des stipulations qui y sont énoncées, la nature du contrat se trouve absolument modifiée, par le fait qu'il ne permet de réaliser aucune opération dans les conditions adoptées par les règlements et usages de la Bourse ; qu'en imposant à X..., s'il voulait être remis en possession des titres achetés, l'obligation d'un préavis de 15 jours et d'un paiement en espèces, alors qu'il n'était pas lui-même en droit d'exiger de l'appelant l'exécution effective de ses achats, Y... a conclu un marché qui ne correspond à aucune opération de Bourse proprement dite, puisqu'elle ne peut rentrer ni dans la catégorie des opérations au comptant qui impliquent la nécessité d'un règlement immédiat, ni dans celle des opérations à terme qui peuvent bénéficier des avantages du report, de l'escompte, de la compensation ; qu'elle ne peut être assimilée davantage à une vente, le code civil exigeant chez le vendeur l'intention réelle de se dessaisir de sa propriété et, chez l'acheteur, celle d'en prendre livraison, moyennant le paiement d'un prix convenu ; qu'en l'espèce, la réserve faite par Y..., concernant la livrai-

son éventuelle des titres exclut toute possibilité d'exécution effective, l'obligation réciproque de livrer et de payer faisant défaut ; qu'en faisant dépendre de sa seule volonté l'exécution du marché, il a emprunté une condition potestative qui a pour résultat de rendre nul et de nul effet le prétendu contrat direct et d'entraîner par là-même la nullité d'opérations faites sous le régime de cette convention... ; qu'il est de toute évidence que le préavis exigé par Y... n'avait d'autre but que de lui permettre de se procurer, avec les espèces qui devaient lui être remises, les titres dont la livraison lui aurait été demandée, la faculté qu'il s'était réservée, de ne point contraindre X... à prendre aucune livraison, établit qu'il n'avait point de titres à sa disposition, et que tout se résumait en réalité à une simple passation d'écritures dont il ne saurait se prévaloir pour prétendre que X... a contracté envers lui un engagement juridique valable, etc... » (Voir *Droit financier*, 1912, p. 154).

Le résumé de cette argumentation est très simple. L'opération au comptant différé n'est pas une opération au comptant, car les banquiers ne détiennent pas et ne s'engagent pas à détenir les titres au moment du contrat. Bien plus, le contrat peut ne jamais aboutir à une exécution effective ; il ne répond à aucun type d'opération traité à la Bourse ; ce n'est pas non plus une opération à terme d'après le type

convenu de l'opération à terme à la Bourse. D'où nullité de contrat.

39. — Un deuxième système tend à la validation de ces contrats. Voici, dans cet ordre d'idées, d'abord un jugement du tribunal civil de la Seine :

« Attendu que si X... reconnaît qu'il ne possédait pas les titres vendus, il soutient qu'en vertu des conventions, il n'avait pas l'obligation de les posséder...

« Attendu que le rédacteur des conventions, en donnant à l'acheteur les avantages de la possession des titres avant tout versement de prix, en n'obligeant le vendeur à la livraison qu'à partir de la demande de l'acheteur, et en décidant enfin que les opérations au comptant différé, comme les opérations à terme, seraient réglées par des différences, a créé entre ces deux genres d'opérations une similitude qu'il convient de remarquer ; que la nature des opérations dont s'agit apparaît mieux encore dans les lignes suivantes empruntées au journal l'A.... » Un autre avantage du comptant différé, c'est qu'il supprime les frais onéreux de courtage et de report qui sont afférents aux opérations à terme proprement dites ; tout en laissant à l'acheteur un délai beaucoup plus long pour liquider sa position, qu'ainsi l'opération présentée au public offre le caractère, non d'une opération au comptant, mais d'une opération à terme ; que, dès

lors, X... n'était pas tenu d'aucune justification que celle des cours.

« Attendu que les conventions entre les parties sont licites ; il en est de même des opérations de contrepartie, qu'elles portent sur des valeurs cotées ou non cotées, lorsqu'il a été, comme dans la circonstance, nettement convenu qu'elles seraient traitées directement ; qu'on ne saurait, pour arguer de l'irrégularité des opérations, invoquer les conseils donnés par X..., ces conseils ayant été sollicités par Y... qui conservait la faculté de les utiliser en sens inverse ; qu'il convient seulement de rechercher si l'accord des parties s'est formée sous la véritable portée des conventions... »

Si donc, semble-t-il résulter de ce jugement, les parties sont d'accord sur la nature de l'opération, peu importe le terme qu'on lui donne : opération au comptant, opération au comptant différé. Elle se rapproche des opérations à terme et, à ce titre, elle peut être parfaitement valable, bien entendu si les parties sont d'accord sur les principales clauses du contrat. Mais un pareil contrat, certainement, suppose l'existence d'un contrat direct, car il est bien entendu que les ordres ne sont pas transmis immédiatement au marché, que l'exécution n'aura lieu que si le donneur d'ordre en exprime le désir.

Un arrêt de la cour de Lyon, en date du 24 juin

1903, proclame la validité du comptant différé et la cour de Paris, le 28 janvier 1907, confirma les termes du jugement rendu par le tribunal de la Seine du 12 février 1906.

Le principal motif était toujours le même. Les deux parties étaient d'accord sur les stipulations et, par conséquent, ne pouvaient pas arguer de l'absence de cause ou de l'absence d'objet.

Tous ces arguments se trouvent assemblés dans un jugement rendu par le tribunal de commerce de Châlon-sur-Saône. (Audience du 25 mars 1912, *Droit financier*, p. 315 et suiv.). En voici les termes essentiels :

« Attendu, tout d'abord, que les conventions dont il s'agit n'impliquent nullement l'existence d'un mandat quoi qu'en dise aujourd'hui B... qui s'appuie sur les expressions « veuillez faire pour mon compte » dont il se serait servi en passant ses ordres à la banque X...

« Que ce sont là des expressions purement de style en matière d'ordres de Bourse et qui n'affectent en rien la nature du contrat ;

« Attendu que les conventions verbales intervenues entre B... et la banque X... se réfèrent au contrat direct ainsi que cela résulte surabondamment des débats et des éléments de la cause ;

« Attendu que, d'ailleurs, B... que les débats ont

révélé comme un spéculateur exercé, donnant lui-même ses ordres d'autorité, n'a pu se méprendre sur la nature du contrat verbal qu'il passait avec la banque X... ;

« Qu'en entrant en relations avec elle il savait parfaitement ce qu'il faisait ;

« Attendu que c'est en vain, en l'absence de justifications et de preuves précises, que B... allègue aujourd'hui, pour se soustraire à ses engagements, le dol et la fraude ;

« Qu'il est de principe que ceux-ci ne se présument pas ;

« Attendu que les opérations dont les résultats donnent naissance au litige actuel, ont eu lieu en vertu d'accords verbaux intervenus entre les parties, toutes deux parfaitement au courant des opérations de Bourse et qui stipulent d'une façon certaine et ne laissant place pour B... à aucune ambiguïté sur le rôle de contre-partiste dévolu en toute connaissance de cause à la banque X..., que les opérations à intervenir auraient lieu par contrat direct ;

« Attendu que le caractère juridique de cette convention n'est contredit par aucune clause contraire ;

« Attendu que la commune intention des parties de faire un marché direct ne se trouve pas modifiée par la stipulation de bonification pour frais généraux di-

vers au profit de la banque X..., cette stipulation n'étant, de jurisprudence, nullement incompatible avec la qualité de contre-partiste de la banque X... ;

« Attendu que les opérations faites sous l'empire de cette convention sont régies par le droit commun et constituent des marchés à terme pouvant aboutir, suivant la faculté que les parties s'étaient réservée, à une levée ou à une livraison de titres, sans que ni le droit commun, ni la loi du 28 mars 1885, sur les marchés à terme, ni la jurisprudence subordonnent la légalité de ces marchés à la détention des titres vendus ;

« Attendu que ces opérations ne sont, dès lors, ni illicites ni contraires à l'ordre public ; qu'elles sont donc valables, car en déclarant expressément que nul ne peut se soustraire aux obligations résultant de tout marché à terme sur effets publics et autres, lors même qu'ils se résoudraient par une simple différence, la loi du 28 mars 1885 a entendu, lorsque les opérations sur effets ont pris la forme de marchés à terme, interdire aux parties d'opposer l'exception de jeu, et aux juges de rechercher, si, en fait, il avait été procédé à des opérations comportant des levées et des livraisons effectuées de titres (Cour de cassation du 24 novembre 1909, *Gazette du Palais*, n° du 11 décembre 1909 ; Cour de cassation, 15 mai 1911, *Revue juridique des opérations de Bourse*,

1911, p. 231 et plusieurs autres arrêts de cours d'appel dans le même sens).

C'est en se plaçant sur le terrain de la loi de 1885 que le tribunal en a proclamé la validité. Il aborde franchement la question. Nous remettons encore une fois ces lignes sous les yeux, car elles contiennent, d'après nous, la véritable doctrine.

« Elles (opérations) sont valables, car, en déclarant expressément que nul ne peut se soustraire aux obligations résultant de tous marchés à termes sur effets publics et autres, lors même qu'ils se résoudraient par une simple différence, la loi du 28 mars 1885 a entendu, lorsque les opérations sur effets ont pris la forme de marchés à terme, interdire aux parties d'opposer l'exception de jeu, et aux juges de rechercher si, en fait, il avait été procédé à des opérations concernant des levées et des livraisons effectuées de titres. »

V

Discussion doctrinale.

40. — Quelle est la nature des opérations au comptant différé? Sont-elles valables? Et tout d'abord, quelle est la nature des opérations au comptant différé? La vérité est que le mot comptant peut faire naître une idée fausse dans l'esprit du juge. Il y a dans l'opération deux éléments : premièrement, le compte courant, et ensuite, l'exécution éventuelle du marché. Le compte courant permet au donneur d'ordre de se procurer des ressources en vue de spéculer. Ensuite, vient la spéculation elle-même, sous forme de marché.

Au point de vue de son compte courant, le donneur d'ordres passe pour posséder les titres à partir du jour où il a donné l'ordre de les acquérir ou de les vendre. Mais, au point de vue de l'exécution de l'opération en vue de laquelle une avance lui sera faite, avance dont les charges seront compensées par les coupons qu'on est réputé détacher des titres soi-di-

sant acquis, elle ne se produira que le jour où le donneur d'ordres exprime le désir de procéder à la levée des titres. Dès lors, à la question de savoir : le marché à terme, le marché connu sous forme de comptant différé permet-il d'aboutir à une livraison effective des titres ? on ne peut que répondre par l'affirmative.

Aucune clause n'interdit aux parties de demander l'exécution effective de l'opération. Quand a lieu cette exécution ? Est-ce au moment même où le contrat est passé ou au bout d'un certain délai ? C'est certainement au bout d'un certain délai, après un certain terme. Il y a un terme fixé pour la livraison des titres et ce terme n'est pas précisément celui qui est accordé à n'importe quel intermédiaire quand il exécute une opération régulière. A côté de cet élément d'un contrat qui est susceptible d'une exécution effective et qui se réalise comme une opération à terme, il y a, répétons-nous, une question de comptabilité. Pour régler les comptes entre le donneur d'ordres et le banquier, on adopte la base suivante :

Le banquier est créancier de la somme qu'il est réputé avoir avancée pour acheter les titres, d'un intérêt de 5 %. Le client est réputé avoir à son actif la valeur des titres aux cours du jour, plus le montant des coupons détachés. Les conditions dans lesquelles on liquide ainsi l'opération, on fixe les éléments de l'actif et du passif ne sont pas celles usitées à la Bourse. A

la Bourse, quand il s'agit d'une opération à terme, les éléments de l'actif du donneur d'ordre sont fixés par la valeur des titres à lever au moment de l'échéance du terme pour lequel les valeurs sont acquises ; son passif, c'est le cours du jour auquel les titres ont été achetés pour le compte du donneur d'ordres. En revanche, à la Bourse, les liquidations se font tous les quinze jours ou tous les mois. Les droits de courtage et les droits de reports successifs grèvent le donneur d'ordres. Cet avantage est remplacé pour l'opérateur du comptant différé par l'intérêt qu'il touche du capital qu'il est réputé avoir avancé en vue d'acquérir des titres qu'il peut être obligé de livrer au cours du jour auquel l'ordre a été donné. Le mode de comptabilité, avec les avantages qu'il se procure, sont donc tout simplement pour lui un équivalent des avantages et des bénéfices que pourrait retirer un banquier qui procède par la voie du contrat direct, mais qui a le droit de compter et le courtage et le report en vertu d'une jurisprudence constante. Que l'opération ait été ou non liquidée par une livraison effective de titres, qu'on ait ou non procédé réellement à un mouvement de fonds ou de titres, cela a peu d'importance. Le contrat, oui ou non, donne-t-il le droit au donneur d'ordres d'exiger l'exécution effective de l'opération ? Si oui, en vertu de la présomption générale de validité de la loi de 1885, le contrat

est réputé valable et sérieux, même quand il a abouti à un simple règlement différentiel. Nulle part, dans le comptant différé, on ne voit la clause dite « in-nomée » qui tendrait à interdire aux parties le droit d'exiger l'accomplissement des obligations découlant d'un marché dit : au comptant différé.

A notre avis, la thèse de la 3^e chambre d'appel est tout à fait critiquable quand elle déclare que le contrat au comptant est nul parce qu'il est fait sous condition potestative de la part du donneur d'ordres. L'arrêt ne se contente pas de lire ce qu'il y a dans le contrat, mais il interprète et scrute l'intention des parties en présence. Il viole ainsi la loi de 1885. Il suppose que les parties n'ont pas voulu exécuter le contrat. Or, il y a une règle de droit stricte, une règle d'interprétation écrite dans le code civil qui déclare formellement que, quand il s'agit d'interpréter le contrat, il faut l'interpréter dans le sens de la validité et non dans le sens de la nullité, et cela d'autant plus que la loi de 1885 a singulièrement restreint le droit d'interprétation du juge dans cette matière.

En allant plus loin, les juges estiment que le contrat au comptant différé peut être annulé quand il n'intervient pas entre des spéculateurs professionnels pouvant se rendre compte de l'importance du contrat. Mais, comme leur répond le tribunal de commerce de Châlons, ce raisonnement ne tient pas, car, où il

y a erreur, il faut démontrer qu'il y en a une sur la nature du contrat ; où il y a dol ou fraude, il faut préciser l'existence du dol et de la fraude qui ne se présument pas.

Dans la question de savoir si les parties ont voulu oui ou non tel contrat, si les clauses en sont suffisamment claires et précises, s'il est valable, il est inutile de tourner la loi en découvrant des causes de nullité là où elles n'existent point. Mais nous admettons fort bien que, étant donné le caractère composite du contrat, on puisse plus facilement admettre qu'il n'y a pas eu d'accord sur la nature du contrat, sur l'objet et nous préférons qu'on s'empare de ce raisonnement plutôt que de voir les juges dire que l'opération est nulle si elle manque de cause ou d'objet, ce qui n'est qu'un moyen détourné de violer la loi de 1885.

On est allé si loin dans cette voie, notamment dans l'arrêt de la 3^e chambre d'appel, qu'on n'a pas voulu admettre l'effet du règlement. Cependant, dans une matière analogue, notamment en matière de report du contrat direct, dans l'arrêt Chavaroux-Bultet, la 3^e chambre d'appel, en faisant une application très exacte des principes, a répondu que le règlement étant intervenu, l'article 543 du code de procédure civile s'oppose à ce qu'il y ait révision du compte uniquement parce que le donneur d'ordres croyait se tromper sur la valeur juridique de l'opération à ré-

gler ; une erreur de droit n'est pas une cause de révision d'un compte, et cette révision, à la suite d'un revirement de jurisprudence, serait d'autant plus dangereuse qu'on arriverait ainsi à donner un effet rétroactif à tout revirement de jurisprudence et à faire rouvrir des comptes définitivement clos.

VI

De la contre-partie indirecte.

41. — Nous avons, jusqu'à présent, envisagé l'hypothèse de la contre-partie déclarée licite, où un banquier et un client s'entendent pour procéder par voie de contrat direct. A..., banquier, vend à B..., client, ou procède en sens inverse, mais ils ne sont que deux à figurer dans l'opération.

Supposons maintenant que A... et B... ne soient pas vendeurs ou acheteurs directs. B..., donneur d'ordres, charge simplement A..., banquier, d'acheter pour son compte des valeurs déterminées. Le banquier, sans doute, en vertu de la jurisprudence établie, ne peut pas se porter acheteur ou vendeur direct ; mais, ne peut-il pas, de son côté, s'adresser à un contre-partiste pour procurer la position désirée par son client. Pourra-t-on dire que, mandataire lui-même, il doit se substituer un mandataire de même nature contre lequel le premier mandant aura la même action ? Et, d'ailleurs, peut-on appliquer, dans l'espèce,

la théorie du mandat substitué ? En effet, les situations peuvent être différentes. Admettons un instant que le premier mandant, en s'adressant à un banquier, premier mandataire, qui n'est ni coulissier ni agent de change, a désigné lui-même le mandataire substitué. Supposons encore que le banquier A... charge le banquier C... de certaines opérations au nom du client donneur d'ordres B... Nul doute ; la théorie du mandat substitué peut recevoir son application. Mais cette situation est rare. Dans l'immense majorité des cas, c'est le banquier lui-même qui choisit librement le mandataire dit substitué et qui le charge d'exécuter une opération pour son compte ou pour le compte d'une série de clients dont il est le mandataire.

Nous avons même fait observer que le banquier A..., en transmettant les ordres au banquier C..., les confond ensemble dans un compte global. Tous les ordres que le premier banquier reçoit sont centralisés, aussi bien les ordres d'achat que les ordres de vente. Il les réunit parfois, il les compense ; il leur fait une application de client à client et les ordres transmis par lui à l'agent de change, au coulissier, ne répondent pas du tout à une simple juxtaposition des ordres reçus par lui. Dans l'ordre global qu'il passe au coulissier, la physionomie de chaque ordre donné ne se retrouve pas. Non seulement le coulissier ou l'agent

de change ne connaissent pas le nom de chaque client ; ils ne connaissent même pas l'importance de ses ordres. Bien plus, comme nous en avons déjà fait la remarque, le mandataire substitué traite le premier mandataire comme le client unique ; il lui fait application d'un tarif spécial qui, à lui seul, montre combien la personnalité du mandataire est décisive : dans le rapport entre le premier et le dernier mandataire, le banquier C... fait bénéficier le banquier A... des rétrocessions de courtage ; tandis que le client paye le tarif plein, le banquier C... fait bénéficier le banquier A... d'un tarif réduit. Cela n'a rien d'illégal, car, d'abord, le client accepte ce tarif et, ensuite, le Parquet de Paris applique lui-même ce système dans ses rapports avec les coulissiers ; c'est, précisément parce que le banquier C... n'exécute pas les ordres donnés par chaque client de son correspondant A..., mais l'ordre global que lui envoie ce dernier, qu'il adresse également un bordereau collectif relatant l'ensemble des opérations.

Si, dans ce bordereau collectif, chacune des opérations individuelles peut se trouver résumée, ce n'est pas parce que le coulissier les connaît, c'est uniquement pour permettre au banquier A... de percevoir un droit de courtage au tarif plein sur chaque ordre. Mais le fait, que chaque ordre se trouve ainsi individualisé comme élément de compte, ne prouve

pas qu'il y ait et qu'il puisse y avoir le moindre rapport entre le client B... et le banquier C...

Ce principe est nettement affirmé au bas de tout bordereau délivré par les agents de change aux cou-lissiers de Paris, sous forme d'une note ainsi conçue :

« Le nom du client de la maison de banque ne figure sur le présent bordereau qu'à la demande de celle-ci et à titre de simple mention pour procurer le bénéfice du par-contre, sans que cette mention crée aucun lien de droit entre la personne mentionnée et l'agent de change » (Voir disposition finale du tarif des courtages du 15 mars 1910).

Si on accepte l'idée qu'il n'y a pas de lien de droit entre le banquier C... et le donneur d'ordres B... et que ce dernier ne puisse pas demander compte au mandataire dit substitué, le client n'a aucun moyen de se rendre compte si son mandataire a transmis l'exécution de l'ordre reçu à un contre-partiste ou à un commissionnaire. Si, au contraire, on applique les principes du mandat substitué, alors un lien de droit est créé entre le donneur d'ordres et le mandataire substitué ; le client peut le mettre en demeure de produire les justifications nécessaires, le rendre responsable de toute faute commise à son préjudice.

42. — Cette question a été examinée en ce qui concerne le mandat substitué à propos du mandat en droit

civil, et voici comment s'expriment à cet égard MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl :

« Le mandant ne peut plus agir contre le substitué, une fois que ce dernier a rendu son compte au mandataire, si le substitué n'a pas connu le mandat. Ainsi l'agent de change qui, chargé par un banquier, lequel est lui-même mandataire d'un tiers, d'acheter ou de vendre des titres, a remis les titres ou les fonds au banquier, ne peut plus être, s'il ne connaissait pas le nom du mandant, actionné par ce dernier.

« Si, au contraire, le substitué a eu connaissance du nom du mandant, c'est à ce dernier et non pas au mandataire qu'il doit rendre compte, comme nous l'avons dit ; en conséquence, s'il rend compte au mandataire, il encourt une responsabilité vis-à-vis du mandant ; car il a su que l'opération était faite pour le compte de ce dernier et que, par suite, le produit de l'opération était devenu sa propriété. C'est encore ce qu'on décide à l'égard des agents de change chargés, comme substitués, d'acheter ou de vendre des titres au porteur.

« Il résulte de là que, comme nous l'avons dit, si un agent de change est chargé, comme substitué, d'acheter ou de vendre des titres nominatifs, c'est toujours au mandant qu'il doit rendre compte, le nom du mandant lui étant nécessairement connu. »

De son côté, M. Huc, dans son *Commentaire du*

code civil, 1899, art. 1994, p. 75 et s., s'exprime dans ces termes :

« Si une personne ayant reçu mandat d'acheter un immeuble juge à propos, pour mieux remplir sa mission, de donner, à son tour, mandat à une autre d'acheter le même immeuble, il n'y aura pas substitution, mais simplement adoption d'un moyen détourné que le mandataire a jugé plus convenable pour assurer la complète exécution du mandat.

« La substitution, en matière de mandat, consiste dans une opération par laquelle le mandataire charge une tierce personne d'accomplir, au nom du mandant originaire, les actes qu'il était chargé de faire lui-même.

« Il n'y a pas, il ne peut y avoir substitution lorsque le tiers, chargé par le mandataire d'accomplir un acte intéressant l'exécution du mandat, ne doit pas agir au nom du mandant ».

.....

« Il résulte d'abord de ce texte qu'il ne peut y avoir aucune difficulté lorsque le mandataire aura été autorisé, par les termes mêmes du contrat, à substituer quelqu'un à ses lieu et place. Dans ce cas, il y a substitution complète ; le substitué prend tout à fait la place du mandataire originaire qui est, désormais, dégagé des suites du contrat. Le mandant n'aura d'ac-

tion que contre le substitué; on appliquera la deuxième des solutions plus haut indiquées.

« Dans le second cas, c'est-à-dire quand il a été autorisé à se substituer une personne quelconque, le mandataire est responsable de son choix. S'il a fait choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable, dit l'article 1994, il sera responsable de ses actes, c'est-à-dire qu'il n'y aura pas substitution complète; il ne sera pas dégagé des liens du contrat. Si, au contraire, dans cette même hypothèse, aucune objection ne peut être soulevée quant à la capacité ou la solvabilité du substitué, alors il y aura eu substitution complète et le mandataire primitif sera dégagé. »

.....

« Nous nous bornerons à faire remarquer que, dans tous les cas de substitution, il faut nécessairement que le substitué ait eu connaissance du mandat principal puisqu'il doit agir au nom du mandant. Si, au contraire, le tiers devait agir au nom du mandataire, c'est qu'il aurait ignoré l'existence du mandat, ou du moins devrait être considéré et traité comme l'ayant ignoré : il ne serait pas substitué. »

.....

« La jurisprudence se prononce dans ce sens d'une manière unanime. Elle admet seulement que le mandant ne peut plus agir contre le substitué, quand

il a reçu sans protestation le compte du mandataire dans lequel se trouve mentionnée l'opération faite par le substitué. »

.....

« Après avoir, en effet, admis comme point de départ l'aperçu absolument inexact que nous venons de mettre en relief, les cours d'appel et même la cour de cassation ont immédiatement introduit une distinction qui est, heureusement, la négation même de cet aperçu. On a décidé, en effet, comme on vient de le voir, qu'il fallait distinguer entre les cas où le mandataire substitué avait eu connaissance du mandat originaire, et, par conséquent, des droits du mandant, et les cas où il n'avait pas eu cette connaissance. Or, nous avons établi qu'il n'y a véritablement substitution que lorsque le second mandataire a été mis en situation d'agir à la place du premier au nom du mandant lui-même, ce qui implique nécessairement qu'il a eu connaissance du mandat originaire, alors que, au contraire, on ne peut pas dire qu'il y a eu substitution si le second mandataire n'a pas agi au nom du mandant. Donc, au fond des choses, et malgré l'impropriété des motifs allégués, il y a en réalité concordance quant au résultat entre notre doctrine et la jurisprudence. »

.....

43. — La jurisprudence, à cet égard, a subi une évolution. Elle a admis tout d'abord, en principe, comme justification suffisante, la preuve donnée par le mandataire qu'il n'avait pas lui-même exécuté les ordres, mais les avait transmis à un agent dûment accrédité; puis elle n'a pas tardé à appliquer sévèrement les règles du mandat et particulièrement de la substitution de mandat, en exécution de l'article 1993 du code civil (Orléans, 10 avril 1883, *Gaz. Pal.*, 83, 1, 540; Trib. comm. Seine, 8 décembre 1892, *Journ. des tribunaux de comm.*, 1894, 81; Trib. comm. de la Seine, 16 avril 1896, *Gaz. Pal.*, 96, 1, 597; Trib. comm., 6 juin 1900, *Gaz. Pal.*, 1900, 2, 246; Paris, 8 février 1906, *Gaz. Pal.*, 22 mars 1906).

Cette jurisprudence nouvelle estime que le banquier qui a reçu mandat d'un donneur d'ordres d'exécuter pour son compte des opérations, ne satisfait pas à son obligation de rendre compte lorsqu'il se borne à produire ses livres répertoires, son carnet de dépouillement, les tirages de ses copies de lettres des avis d'opéré et ses comptes de liquidation, actes émanés d'un tiers, coulissier inscrit, qu'il prétend avoir été dans la nécessité de se substituer, sous prétexte que, n'étant ni agent de change, ni banquier inscrit à la feuille, ce que le donneur d'ordres savait d'ailleurs parfaitement, il ne pouvait opérer lui-même directement.

Ce système de jurisprudence soutient que le banquier se considère à tort comme ayant satisfait à ses obligations par la production des comptes et documents ci-dessus énoncés, sous prétexte qu'il est impuissant et irrecevable à contraindre le tiers qu'il s'est librement substitué à produire ses livres particuliers, ce tiers pouvant, selon lui, demeurer étranger aux relations qui se sont établies entre lui, banquier mandataire et le donneur d'ordres. Le mandat ne saurait, en effet, en dehors d'une convention expresse constituant cette dérogation aux principes généraux, voir restreindre son droit de surveiller la réalité et la régularité ainsi que les conséquences financières ou autres des opérations de tous genres qu'a comportées l'exécution complète et définitive du mandat.

Quelle que puisse être la complexité des opérations qui ont conduit à sa réalisation et le nombre et la nature des interventions auxquelles le mandataire a été obligé ou a jugé bon de recourir, le banquier mandataire demeure obligé de provoquer, de la part des tiers qu'il a cru devoir se substituer pour l'accomplissement de sa mission, tous comptes nécessaires des sous-mandats qu'il leur a confiés. (Paris, 8 février 1906, précité ; Douai, 28 novembre 1907, *Droit financier*, 1906, 438). Cette jurisprudence consacre purement et simplement les règles inscrites dans l'article 1994, paragraphe 1 du code civil pour le cas de sub-

stitution de mandat. Cette thèse favorable au donneur d'ordres a le mérite de déjouer l'un des moyens employés par certains intermédiaires pour échapper à l'obligation impérieuse de justifier de l'exécution de leur mandat ainsi qu'à la prohibition de se constituer eux-mêmes les contre-parties de leurs clients (Paris, 11 décembre 1895, *Gazette Palais*, 96, I, 277; Trib. commerce de la Seine, 16 avril 1896, *Gazette Palais*, 96, I, 597; Paris, 2 novembre 1895, Dalloz, 96, 2, 141; Trib. commerce de la Seine, 29 avril 1897, *Gazette Palais*, 97, 2, 145; Trib. commerce de la Seine, 7 mai 1897, *Gazette Palais*, 97, 2, 144; Paris, 19 janvier 1901, *Gazette Palais*, 1901, 2, 746; Trib. commerce de la Seine, 17 mai 1900, *Gazette Palais*, 1900, 2, 188). En effet, les banquiers, sous prétexte qu'ils se trouvent dans la nécessité de recourir à des agents d'exécution, tiers-substitués pour l'accomplissement de leur mandat, s'entendent beaucoup trop souvent avec ces tiers pour organiser des jeux d'écritures destinés à créer l'apparence d'opérations sincères et réelles faites avec des contre-parties sérieuses par l'entremise de ces agents. En fait, le circuit ramène au mandataire initial, au banquier qui est le véritable contre-partiste. Mais, grâce à cette méthode « tournante » la production des pièces, si elle doit se limiter aux livres du banquier et aux documents réciproques échangés entre lui et le tiers

substitué, ne permettra pas au client de connaître l'aboutissant de l'opération et de découvrir qu'au mépris des règles du mandat, le banquier mandataire a, en définitive, traité avec lui-même. La jurisprudence citée plus haut reconnaît formellement au donneur d'ordres le droit d'exiger la justification de l'exécution des sous-mandats en l'autorisant à demander la production du répertoire et des livres appartenant au tiers substitué, ainsi qu'à vérifier, par des rapprochements, s'il y a eu contre-partie sérieuse et réelle.

Néanmoins, une jurisprudence plus récente est revenue sur ces exigences. Elle admet que le banquier intermédiaire doit trouver une contre-partie car il est évident qu'il faut qu'il y ait quelqu'un vendant ou achetant les titres ; or, ce quelqu'un peut être coulissier, banquier ou particulier. L'opération doit, en somme, s'arrêter quelque part, il ne peut y avoir substitution à l'infini. Le banquier peut donc choisir sa contre-partie et traiter avec qui bon lui semble. L'article 23 du règlement des banquiers en valeurs à terme dit que les opérations entre les membres du marché sont directes ou personnelles ; ce qui semblerait dire que, dès que l'on a une contre-partie en face de soi, on ne doit pas aller plus loin et on ne doit pas rechercher si cette contre-partie a, elle-même, une autre contre-partie. C'est ainsi que toute une série d'arrêts se contente, pour admettre la réa-

lité et la régularité des opérations, des seules justifications fournies par le mandataire (Trib. commerce de la Seine, 29 décembre 1906, *Gazette Palais*, 1^{er} février 1907 ; Trib. commerce de la Seine, 1^{er} mai 1907, *Droit financier*, 1907, 308 ; Grenoble, 25 octobre 1907, *Droit financier*, 1907, 615 ; Trib. commerce de la Seine, 22 février 1908, *Droit financier*, 1908, 301).

Ainsi, peu après l'arrêt de la cour de Paris qui avait transformé subitement la jurisprudence, le tribunal de commerce de la Seine, par son jugement du 29 décembre 1906 sus-rappelé, est revenu au système moins absolu, en admettant que le banquier satisfait à l'obligation de justifier que ses opérations ont été réellement et régulièrement exécutées au regard de son client, lorsque ledit banquier verse aux débats, à titre de justifications, ses propres livres et les comptes des coulissiers qu'il aurait chargés d'effectuer les opérations, sans qu'il soit tenu de produire aucun document à l'effet d'établir que les dits coulissiers ont eux-mêmes effectué ces opérations dans des conditions régulières ; cette décision est intervenue dans une espèce où le client savait parfaitement, comme en l'espèce M. Vittone, que son banquier ne pouvait exécuter lui-même et se trouvait dans l'obligation de se substituer des tiers accrédités. Cette nouvelle jurisprudence s'est encore affirmée dans un jugement du tribunal de commerce de la

Seine, en date du 9 janvier 1907 (*Gazette Palais*, 8 mars 1907) qui dispose que l'article 1994 ne peut recevoir son application au regard du banquier qui, « chargé d'effectuer un certain nombre d'opérations sur valeurs non cotées, les exécute par l'intermédiaire d'un coulissier en agissant, non pas au nom du client, son mandant, mais en son nom propre, et se trouve du croire des dites opérations à l'égard de ce client. »

Dans ce cas, le banquier justifie suffisamment de la réalité et de la régularité des dites opérations en fournissant les avis d'opéré relatifs aux opérations faites par le coulissier et en donnant la preuve qu'il a réglé les comptes de liquidation de ce dernier, dès leur exigibilité, aux mêmes cours et dans les mêmes conditions que celles appliquées au client, en justifiant en outre de l'application à celui-ci des opérations effectuées. Le droit de contrôle direct que peut avoir le client ne peut donc être exercé par lui qu'avant la liquidation des opérations alors que les avis d'opéré lui étaient envoyés régulièrement. Le banquier n'est pas tenu de formuler des réserves dans les règlements qu'il opère avec son coulissier ; alors que son mandant n'en a pas exprimé et que le banquier a réglé définitivement avec le coulissier, il ne saurait être tenu de faire justifier par celui-ci de la réalité des opérations faites par lui.

Cette jurisprudence a été adoptée par la cour de Lyon dans un arrêt du 3 avril 1909 (*Droit financier*, 1909, 349). La cour de Paris l'a faite également sienne par deux arrêts, l'un du 10 février 1909, l'autre du 13 mars 1909, reproduits dans la *Gazette du Palais* (numéro du 30 avril 1909), et par un troisième arrêt postérieur du 17 novembre 1909 (*Revue juridique*, 1910, p. 25).

Ces décisions relativement récentes posent, en principe, que, lorsque le banquier a passé les ordres à un tiers, il n'y a pas nécessairement substitution de mandat, ce serait là, d'après la nouvelle opinion de la cour de Paris, une question de fait à résoudre d'après les circonstances : Le banquier a-t-il donné au tiers le nom de son client et agit-il pour le compte de ce dernier ? En ce cas, le tiers a connu le client et n'a été qu'un mandataire substitué. Au contraire, le banquier a-t-il agi en son propre nom et a-t-il pris, lui-même, vis-à-vis du tiers, l'attitude d'un donneur d'ordres et d'un client ? Alors ce banquier est un commissionnaire et aucun rapport de droit n'existe entre son mandant et le tiers ; d'où cette conséquence qu'il n'a à justifier que de l'exécution de son propre mandat en établissant, par la production de ses livres, l'existence d'une contre-partie en la personne du tiers.

La formule de cette doctrine se trouve dans un arrêt de la cour d'appel de Paris (9^e chambre, audience du 10 février 1909) dont voici les termes les plus caractéristiques :

« Considérant que l'ordre donné à un banquier de négocier des valeurs mobilières peut être exécuté de différentes façons, selon qu'il s'agit de valeurs cotées par les agents de change ou de valeurs non cotées ;

« Considérant que, dans la première hypothèse, le banquier doit toujours s'adresser à un agent auquel privilège a été conféré par la loi pour la négociation de ces effets ; qu'il agit comme un mandataire lorsqu'il donne le nom de son client, qu'au contraire, s'il passe l'ordre en son nom, il agit comme commissionnaire, en respectant le privilège établi par le législateur, puisqu'il fait intervenir l'agent de change dans la négociation ;

« Considérant qu'en matière de valeurs non cotées, dont le courtage est libre, le banquier peut chercher lui-même la contre-partie ; qu'au cas où, pour une raison quelconque, cette recherche lui serait difficile, il peut s'adresser à un autre banquier qui lui paraît pouvoir plus aisément la trouver ; d'où il suit qu'en donnant le nom de son client, il y aura substitution de mandat, et qu'en passant l'ordre en son nom, il agira comme un commissionnaire non obligé de re-

courir à un tiers, mais ayant agi par des considérations qu'il pourra faire valoir, et que la justification à laquelle il sera tenu devra être appréciée selon les circonstances ;

« Considérant que si C... (donneur d'ordres) prétend que M.-L... (banquiers), doivent en outre apporter la justification des opérations de P.-E..., mandataires substitués pour leur compte à ceux de M.-L..., il convient de remarquer que M.-L... ayant réglé avec P.-E... ne peuvent aujourd'hui intenter à ces derniers une demande de justification. »

Cette dernière partie contient des réserves importantes. Sans doute, le donneur d'ordres ne peut pas mettre directement le mandataire dit substitué, en demeure de justifier de la réalité des opérations, mais il peut obliger le banquier A... à fournir les justifications émanant de son correspondant. Mais ces justifications — et cela est important en ce qui concerne la question que nous venons de résoudre — ne lui permettront pas toujours de se rendre compte du mode d'exécution du mandat qu'il a confié à son mandataire. En effet, comme nous l'avons dit, l'avis d'opéré dans le compte de liquidation du banquier C... peut être global et collectif. Il peut ne pas comporter de droits de courtage ; il peut contenir un droit de courtage différent de celui qu'A... applique à B... D'autre part, nous le savons, le donneur d'or-

dres ne peut pas mettre en demeure le banquier C... de justifier lui-même la régularité des opérations effectuées pour son compte.

Etant donnée la pratique que nous avons esquissée, la contre-partie indirecte, par circuit détourné, peut exister, en fait, car il ne sera guère facile au donneur d'ordres de faire la preuve de l'inobservation stricte du mandat.

VII

La contre-partie en ce qui concerne les valeurs admises à la cote officielle.

44. — Le contre-partiste qui négocie des valeurs admises à la cote officielle peut à la fois violer le principe du mandat et commettre un délit d'immixtion dans les fonctions d'agent de change. C'est à propos de cette catégorie de valeurs que sont intervenus les trois importants arrêts du 9 février 1910 qui ont fixé pour le moment les principes de la matière et qui apportent des restrictions nouvelles à celles déjà existantes. Pour bien comprendre cette matière, plusieurs hypothèses sont à envisager.

Un banquier, aussi bien qu'un particulier, vend des valeurs officielles qu'il détient ; il les vend au comptant. C'est une vente directe et qui n'est pas sanctionnée par les lois prohibitives que nous avons visées. Mais il en sera autrement quand le banquier vend à terme des valeurs qu'il ne possède pas et qu'il pourra se procurer. Au fond, si on voulait appliquer le principe de la vente directe, on se trouverait ici

en présence d'un acte de vente et non d'un acte d'entremise. L'acte d'entremise est celui où on est obligé d'avoir recours à un intermédiaire pour se procurer des titres. Pendant longtemps, cette opération a été considérée comme échappant au monopole exclusif des agents de change, mais un arrêt de la cour de cassation en 1893 (chambre civile) a fait prévaloir un principe contraire, sans cependant tirer des conclusions au point de vue des sanctions pénales.

45. — L'arrêt de 1910 auquel nous avons fait allusion, au contraire, est allé jusqu'à déclarer que... nous citons ici le résumé des arrêts d'après le *Droit financier* (V. *Droit financier*, mars 1910, p. 123 et suivantes) :

« L'article 76 du code de commerce est en absolue concordance avec les textes antérieurs... De ces textes résulte le droit exclusif pour les agents de change de faire des négociations des effets publics ou assimilés. C'est seulement en ce qui touche les lettres de change, billets et autres effets de commerce que les particuliers pouvaient librement traiter entre eux. L'article 76 du code de commerce s'exprime dans les mêmes termes et reproduit la même distinction. Ainsi que dans la législation antérieure, la disposition de cet article, qui réserve aux seuls agents de change le droit de faire des négociations d'effets publics et

assimilés, est générale et absolue ; elle a moins pour objet d'assurer le monopole ou de protéger une fonction que de sauvegarder le crédit public. Il résulte donc à la fois de sa lettre et de son esprit qu'aucune négociation, c'est-à-dire aucune opération de Bourse ayant pour objet des effets publics ou assimilés, ne peut être licitement réalisée sans le concours d'un agent de change ».

« On ne saurait considérer comme constituant une opération de Bourse rentrant dans ces prévisions, le fait notamment par un propriétaire de vendre directement à un acheteur auquel livraison en est faite ; mais il en est autrement lorsque, comme dans l'espèce, il s'agit d'opération ne comportant ni détention ni livraison de titres et se soldant par des différences.

« Lorsqu'un arrêt énonce que, au gré de leurs clients, les banquiers se portent acheteurs ou vendeurs, aussi bien de valeurs admises à la cote que de celles du marché libre, que les opérations consistent très rarement en ventes ou achats effectifs de titres, les vendeurs ne possédant pas les titres qu'ils vendent et les acheteurs ne versant pas les fonds pour obtenir ce qu'ils achètent, que habituellement le règlement de chaque opération s'effectue par le paiement d'une différence, il apparaît de ces constatations, souveraines en fait, que les opérations visées repré-

sentent, au sens de l'article 76 du code de commerce, des acquisitions qui, s'appliquant à des valeurs admises à la cote, ne peuvent être réalisées licitement sans l'intervention d'un agent de change... (Voir les détails dans Tchernoff et Delhay, *Opérations de Bourse devant la justice pénale*, p. 229 et s. ; Percerou, Note sous arrêt de la cour de cassation, *Dalloz*, 1911, 1^{re} partie, p. 18 ; Waldmann, *La profession d'agent de change*, p. 335).

Il résulte de l'analyse faite de l'arrêt en question que, seul, le troc est autorisé par cette interprétation de l'article 76 du code de commerce, et ainsi la distinction classique de l'opération de Bourse, suivant qu'elle implique un acte d'entremise ou non, a été implicitement rejetée par la cour suprême. Mais nous estimons que cette interprétation large donnée au mot de négociation n'est qu'une phase de l'évolution d'une lutte engagée entre la coulisse et le parquet, phase qui comporte des alternatives de défaites et de victoires, mais qui ne marque pas le terme définitif de la jurisprudence dans cette question...

★★

46.— Le même mouvement restrictif se produit en ce qui concerne les bordereaux d'application. Le fonctionnement du bordereau d'application est très nettement expliqué dans un arrêt de la cour d'appel

du 29 août 1911 (Voir *Information*, 10 mai 1911 ; *Droit financier*, 1910, p. 379) :

« Considérant que les appelants soutiennent que c'est à tort que les premiers juges ont d'office prononcé la nullité de ces opérations, alors qu'elles étaient régulières, conformes aux prescriptions de l'article 76 du code de commerce, ainsi que cela résulte de la production du bordereau d'application délivré par les agents de change du Havre ; mais considérant que, s'il est licite à un agent de change, ayant reçu, de deux clients différents, des ordres en sens contraire pour une même quantité et nature de valeurs, de faire à chacun de ces clients application par bordereau de la partie de l'opération qui le concerne et de constater ainsi l'exécution de la double opération, les bordereaux produits ont été établis dans des circonstances spéciales et ne sont pas de nature à démontrer la réalité et la régularité des opérations ;

« Considérant tout d'abord que X... et X..., contreparties, avaient un intérêt diamétralement opposé à celui de J..., qu'ils se sont eux-mêmes interdit tout mandat de la part de J... leur permettant de donner des ordres en son nom, qu'ils ont eu recours à des agents de change près d'une Bourse sans parquet, lesquels, ne pouvant être que des intermédiaires, étaient pour l'exécution effective des opérations dans la nécessité de se substituer à un agent de change

près d'une Bourse ayant un parquet, qui seul pouvait délivrer un bordereau constatant l'exécution et pouvant permettre à l'agent de change intermédiaire de faire application à ses clients d'opérations réellement faites en Bourse ; qu'aucun bordereau d'un agent de change auprès d'une Bourse ayant un parquet n'est produit ; que, dès lors, il ne s'agit que d'opérations n'ayant pas été réalisées et régulièrement effectuées et que les bordereaux invoqués sont de pure complaisance, dans le but de dissimuler une fraude à la loi ;

« Considérant que vainement les appelants allèguent que les agents de change, officiers publics, ont qualité pour constater des achats et des ventes résultant d'un accord préexistant entre l'acheteur et le vendeur, que la preuve d'un accord entre les parties n'est pas rapportée, que, de plus, l'article 109 du code de commerce exige que le bordereau de constatation établi par l'agent de change soit dûment signé par les parties, ce qui n'a pas eu lieu ; que les conventions interdisant au donneur d'ordres d'exiger comme preuve de l'intervention de l'agent de change toute autre justification que les bordereaux d'application ou d'exciper d'une prétendue incompatibilité entre la qualité de négociateurs directs de X... et Y... et l'obligation de recourir à l'agent de change ne permettant pas de s'assurer que les ordres

qui ont bien été exécutés sur le marché sont nuls, comme contraires à la loi et à l'ordre public, ou tout au moins, comme étant d'une exécution impossible, qu'ainsi c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré nulles les opérations sur valeurs cotées... »

47. — Si donc ces points paraissent maintenant nettement établis, il en est autrement en ce qui concerne les opérations des coulissiers sur la rente. On sait que, au moment du vote de la loi organisant le marché, en 1899, il a été bien entendu que, malgré le texte général de l'article 76 du code de commerce, les coulissiers de la rente pourraient négocier les fonds d'Etat sans avoir recours aux agents de change. Cette tolérance, consacrée officiellement du haut de la tribune, avait été confirmée par un accord intervenu entre la chambre syndicale des agents de change et l'enregistrement d'une part, et les coulissiers de la rente d'autre part. D'après cet arrangement, tous les mois, le groupe de la rente ou chambre de compensation de la rente française, doit remettre à la chambre syndicale des agents de change la quotité de l'impôt afférent à chacune des maisons faisant parties du groupe, ou un détail des opérations de chaque maison ; la chambre syndicale effectue le versement à l'administration de l'enregistrement pour le compte des coulissiers assujettis et les membres de

la coulisse de la rente sont ainsi mis à l'abri de poursuites fiscales en justifiant que les droits afférents aux opérations de Bourse négociées par eux sont payés.

Ainsi donc, l'accord entre les agents de change et les coulissiers se manifeste dans ce fait que, sous les yeux mêmes de l'enregistrement, la chambre syndicale délivre à la chambre de compensation de la rente des bordereaux pour chacun de ses membres. (Voir sur ce point un article de M. Tchernoff, *La coulisse de la rente devant le tribunal correctionnel de la Seine, Journal des Economistes*, 15 mars 1911, p. 467).

Malgré cette complaisance officielle, sur la citation directe d'un particulier, la 11^e chambre correctionnelle du tribunal de la Seine s'est trouvée dans la nécessité de rendre un jugement contraire, le 27 janvier 1911. Ce jugement a provoqué un vif émoi et a abouti au dépôt d'une proposition de loi par M. de Monzie, député (Voir *Droit financier*, 1912, p. 69), et la loi du 27 février 1912, portant fixation du budget général des recettes et des dépenses de l'exercice 1912 (*Journal officiel* du 28 février 1912), porte dans son article 33 un amendement ainsi conçu :

« La loi du 28 ventôse an IX est modifiée ainsi qu'il suit : *Article 8.* — Il est défendu, sous peine d'amende qui sera au plus d'un sixième du cautionnement des agents de change ou courtiers ordinai-

res de la place, et au moins d'un douzième à tels individus autres que ceux nommés par le gouvernement, d'exercer les fonctions d'agent de change ou courtier. L'amende sera prononcée correctionnellement par le tribunal de première instance, soit sur la poursuite du ministère public agissant d'office, soit sur la plainte ou réquisition d'un ou des agents de change ou courtiers intéressés ».

Il en résulte que les agents de change et le parquet seuls peuvent poursuivre la violation de leur monopole. De là nouvelle attitude adoptée par le parquet de ne pas accueillir de plaintes de particuliers, fondées sur le délit d'immixtion dans les fonctions d'agent de change. Mais la situation peut se compliquer quand le délit dénoncé comporte à la fois violation du monopole des agents de change et contre-partie occulte ; quand, par exemple, un coulissier est inculqué d'avoir fait de la contre-partie occulte sur des valeurs officielles, il est alors certain qu'il peut être poursuivi pour contre-partie occulte en vertu de l'article 405 du code pénal. Mais en sera-t-il de même quand le coulissier fait de la contre-partie déclarée qui, elle, ne tombe pas sous l'application de l'article 405 du code pénal ? Pourra-t-on, dans l'espèce, essayer d'affirmer que le droit de poursuite n'est retiré aux particuliers que quand il s'agit d'opé-

ration de mandat, et qu'il en sera autrement quand il s'agit de contrat direct ?

Tel n'est pas notre avis. Si sévère que soit la jurisprudence quand il s'agit d'apprécier la validité d'un contrat direct, il n'en est pas moins vrai que c'est un mode d'opérer parfaitement autorisé par les usages de la Bourse, expressément prévu par les règlements de la chambre syndicale de la coulisse. Par conséquent, qu'il s'agisse de mandat ou de contrat direct, le bénéfice de la loi du 27 février 1912 doit leur être applicable. Il faudrait une disposition expresse les en excluant formellement pour leur en retirer le bénéfice.

VIII

Les effets de la loi de 1885 sur l'évolution de la jurisprudence en matière de délit de contre-partie occulte.

48. — Si on a été surpris de constater les tendances doctrinales, accueillies même parfois par la jurisprudence, exceptant le contrat direct du bénéfice de la loi de 1885 en matière pénale, on n'est pas moins étonné de constater que la loi de 1885 n'a pas atteint son but au point de vue pénal. Bien plus, on peut dire que la loi de 1885, en repoussant, en principe, l'exception de jeu dans beaucoup de cas, a contribué à développer l'exception de contre-partie occulte.

Avant cette importante loi, tous ceux qui avaient à invoquer une irrégularité quelconque dans l'exécution des ordres de Bourse, se plaçaient sur le terrain de l'exception de jeu qui pouvait être discutée devant le tribunal civil. Mais la loi de 1885 est venue déclarer que l'exception de jeu n'est pas opposable quand l'ordre de Bourse revêt la forme d'un marché à terme. Aussi, quand le donneur d'ordres se présente

devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil, il se trouve débouté en vertu de la loi de 1885, s'il essaye d'opposer l'exception de jeu. Pendant quelque temps, il s'inclina. Puis il eut l'idée de retourner la présomption de la loi de 1885 contre le banquier et il lui tient le langage suivant :

« Vous prétendez que le contrat est sérieux, qu'il n'est pas fictif et que par conséquent il doit produire ses effets juridiques. Cette présomption de sérieux et de réalité dont vous vous prévaluez devant le tribunal civil, je la retourne contre vous devant la juridiction répressive. Votre contrat ne vaut que si l'opération est sérieuse. Or, je prétends que l'opération est fictive. Démontrez moi la réalité de l'opération. Vous m'avez envoyé un avis d'opéré relatant l'exécution d'une opération déterminée ; vous m'avez compté un droit de courtage, un impôt ; vous m'avez envoyé un compte de liquidation établissant le bilan de toutes ces opérations. Vous avez essayé de faire croire à la réalité de toutes ces opérations ; je prétends qu'elles sont fictives ».

Et ainsi, la présomption de validité se trouve retournée au point de vue pénal contre le banquier lui-même. Le banquier dit : « la loi présume l'opération valable ». Le client répond : « la loi la présume valable parce qu'il la croit réelle. Démontrez-moi cette réalité ». Or, précisément, l'article 63 du code d'in-

struction criminelle permet à tout donneur d'ordres de se constituer partie civile et de rejeter ainsi indirectement le fardeau de la preuve sur le banquier lui-même.

Pratiquement, les choses se passent de la façon suivante:

Un donneur d'ordres est poursuivi devant le tribunal de commerce ; il oppose immédiatement l'exception de justification de la réalité des opérations, et si le banquier lui oppose un contrat formel, précis, prévoyant le contrat direct, alors l'exception de justification n'est pas fondée. En effet, dans les rapports entre le contre-partiste et le client, tout se passe comme s'il s'agissait d'un vendeur et d'un acheteur. Les prix sont débattus et fixés d'avance. Le contre-partiste n'est pas obligé de s'adresser au marché pour se procurer les valeurs sur lesquelles a porté la spéculation. Au contraire, quand il s'agit d'une formule plus ou moins équivoque, qui ne prévoit pas nettement et expressément le contrat direct, le donneur d'ordres est fondé à croire que le banquier devait agir avant tout en sa qualité normale d'intermédiaire et de mandataire et à lui demander reddition de comptes et justification des opérations. Si le banquier s'y refuse, le donneur d'ordres abandonne le terrain commercial pour porter une plainte au procureur de la République ou au doyen des juges. Il est possible que le ban-

quier produise les éléments de sa comptabilité et que l'arbitre désigné y découvre quelques agissements frauduleux ; ces nouvelles constatations permettront encore au donneur d'ordres d'abandonner le terrain commercial pour aller devant le tribunal correctionnel.

La règle *una via electa* reçoit une interprétation extrêmement large, et le fait même d'avoir saisi comme demandeur la juridiction civile ou commerciale n'est pas un obstacle pour saisir ensuite d'une plainte le parquet ou la juridiction pénale.

Quand on se trouve en présence d'un agent de change, le bordereau et le compte de liquidation opposés par ces officiers ministériels font foi, on peut dire, jusqu'à inscription de faux. En tous cas, une présomption absolue de vérité s'y attache ; on ne demande pas d'autre justification. Au contraire, quand il s'agit d'un bordereau ou de comptes de liquidation émanant même d'un coulissier, la même foi ne s'y attache pas ; il faut d'autres moyens de preuve : un répertoire, par exemple, ou même la production de pièces justificatives émanant des personnes auxquelles le coulissier s'est adressé pour exécuter l'ordre qu'il a reçu, et c'est à ce propos qu'on a appliqué aux opérations de Bourse la théorie du mandat substitué pour autoriser des recherches, même chez des mandataires indirects auxquels le banquier a pu s'adres-

ser pour assurer l'exécution de l'ordre donné par son client.

Aussi, l'exception de jeu ne sévit-elle pas avec la même rigueur contre l'agent de change que contre les autres banquiers organisés ou non. C'est certainement là une des conséquences imprévues de la loi de 1885 (Voir Tchernoff et Delhay, *Opérations de Bourse devant la Justice pénale*).

La jurisprudence, en matière de contre-partie occulte, a subi plusieurs phases :

49. — Première phase. — La contre-partie occulte est un délit quand elle réunit les éléments de l'article 405 du code pénal, c'est-à-dire quand on se trouve en présence d'une manœuvre frauduleuse ou d'une prise de fausse qualité. C'est surtout la manœuvre frauduleuse qui a été invoquée au cours de la première période. La maison de banque qui pratique la contre-partie occulte n'a de banque qu'une simple apparence ; c'est une façade, c'est une fausse entreprise. On a pu invoquer incidemment aussi la fausse qualité ; comme le disent très exactement MM. Tchernoff et Delhay, la fausse qualité dans l'espèce était une modalité de la fausse entreprise. Non seulement le banquier n'était pas intermédiaire, mais il n'était pas banquier du tout. C'est le type de l'inculpation qui se rencontre dans l'affaire Brassard, qui a donné une

impulsion énergique à la jurisprudence en matière de contre-partie occulte. On se trouve là en présence d'une combinaison, d'un système de prétendues maisons de banque qui se passent les ordres et qui, en réalité, n'exécutent rien du tout. L'existence de la banque sert à faire croire à la réalité des opérations. C'est la fausse entreprise dans tout le sens du mot. Mais, au cours de l'affaire Brassard, la question s'étant posée incidemment, si le banquier était forcément intermédiaire et s'il n'était pas aussi naturel qu'il fut négociant direct, la cour de cassation, dans un arrêt, a été appelée à répondre que la prise de fausse qualité pouvait constituer un délit et que le fait de prendre la qualité de banquier et d'intermédiaire, tandis qu'on ne l'était pas, constituait un agissement délictuel. Cette affirmation de la cour de cassation se réfère à une ancienne controverse, aux termes de laquelle la prise de la qualité d'intermédiaire n'est pas plus délictuelle que la prise de la qualité de propriétaire, comme le soutient encore maintenant M. Gargon dans son code pénal annoté. Mais il n'en résultait pas de là que la cour de cassation considérait la contre-partie occulte comme escroquerie pour prise de fausse qualité. C'est l'ignorance de l'évolution de la jurisprudence dans cette matière qui a fait dégager ces conclusions exagérées d'un arrêt très court où le terme de contre-partie occulte n'était même pas pro-

noncé (Voir la démonstration faite sur ce point par MM. Tchernoff et Delhay, *Les opérations de Bourse devant la Justice pénale*, p. 138 et s.).

Bien plus, comme on a fait très justement remarquer, la cour de renvoi, la cour d'Amiens, dans son arrêt qu'on considère comme classique, a jugé nécessaire d'insérer les lignes suivantes :

« Que la cour n'a pas dès lors à examiner la question de savoir théoriquement s'il y a escroquerie dans le fait par un banquier de pratiquer plus ou moins honnêtement la contre-partie à l'insu de ses clients ; qu'elle a seulement à rechercher si le fait frauduleux relevé contre Vincent Brassard renferme les éléments constitutifs de ce délit et tombe sous l'application de l'article 405 du code pénal ».

Il serait donc inexact de dire que la prise de la fausse qualité d'intermédiaire se retrouve forcément dans toute contre-partie occulte. Telle a été la première conception de la jurisprudence, et elle l'est encore.

50. — Deuxième phase. — Depuis, il semble que de temps en temps, mais d'une façon peu certaine, la jurisprudence invoque la prise de fausse qualité comme constituant le trait caractéristique de la contre-partie occulte. Mais si l'on va au fond des choses, on voit que, pour les tribunaux, la question se déplace.

Ce n'est plus l'ensemble de l'entreprise que les tribunaux envisagent, mais c'est chaque opération isolée; ce n'est pas l'entreprise fictive qu'ils constatent, mais c'est l'opération fictive.

Le contre-partiste fait croire à la réalité d'une opération ; il perçoit, du chef de cette opération, un droit de courtage, un impôt, parfois un droit de report, tout comme si cette opération était portée sur le marché. Or, le recours au marché n'a pas eu lieu ; l'opération donc a été fictive ; elle ne répondait pas à la réalité d'une opération de Bourse type qui s'exécute sur le marché. C'est là le côté fictif. On a essayé de faire croire à la réalité de cette opération en prenant la qualité d'intermédiaire, et la prise de la fausse qualité d'intermédiaire est l'élément extérieur qui donne à la manœuvre son caractère frauduleux en lui faisant abandonner son caractère de mensonge écrit.

Ce raisonnement paraît d'autant plus indispensable que, d'après une jurisprudence antérieure et un arrêt de la cour de cassation dans l'affaire Weiner-De-lorbe, le simple fait de présenter un bordereau inexact majoré, ne constitue qu'un mensonge écrit.

Aussi, est-on arrivé avec ce raisonnement à considérer comme délictuelle, comme constituant à certains égards la contre-partie occulte, la majoration, ce qu'on appelle la « carotte ». La « carotte », en effet, implique de la part du banquier, par le jeu de

comptabilité qui intervient, deux opérations. Il achète ou vend au marché une valeur à un certain taux ; il la fait racheter ou revendre par un personnage fictif, puis, ensuite, il défait l'opération pour le compte du véritable donneur d'ordres. Il y a donc un double achat et une double vente. On prétend que l'un de ces termes rend le banquier acheteur ou vendeur direct qui, ainsi, devient contre-partiste dans ses rapports avec le donneur d'ordres. Le délit alors serait constitué dans le fait d'envoyer un bordereau affirmant la réalité de l'opération par la perception d'un droit de courtage, d'un droit d'impôt, perception à la réalité desquelles la qualité d'intermédiaire du banquier donnerait une forte présomption de vérité.

51. — Troisième phase. — Mais la jurisprudence ne devait pas s'arrêter là ; elle est allée beaucoup plus loin. Tout d'abord, la pratique du parquet de la Seine veut que les opérations directes soient toujours précédées d'un contrat qui appelle l'attention du donneur d'ordres sur le mode d'opérer du banquier. En l'absence d'un contrat direct formel, les opérations directes sont entachées d'une présomption de fraude. On ne saurait s'élever assez contre cette prétention antijuridique.

En matière de preuve, le contrat direct relève du droit commun. L'opération est commerciale ou non

suivant qu'elle est répétée, suivant qu'elle constitue une spéculation, suivant qu'elle intervient entre des commerçants ou non. En matière commerciale, la preuve est régie par les usages commerciaux ; il n'y a aucune raison d'y faire dérogation en matière de contre-partie. Mais, même la présence d'un contrat ne met pas le contre-partiste à l'abri d'une inculpation possible.

Un récent arrêt de la cour de cassation a déclaré que le contrat lui-même peut constituer une manœuvre frauduleuse, que ses termes ambigus peuvent laisser à dessein l'équivoque planer sur l'ensemble de l'opération, que, par certaines dispositions, il peut faire croire au mandat par d'autres opérations directes.

Cet arrêt, qui est d'ailleurs isolé, semble tout simplement dire qu'un contrat, même rédigé par écrit, peut cacher une fraude et peut déguiser une opération autre que celle qui résulte du texte même de la convention. Seulement, un fait paraît frapper l'esprit. Quand on se trouve en présence d'une convention civile, d'un débat porté devant les tribunaux civils et commerciaux, la loi de 1885 déclare impérativement que le pouvoir d'interprétation des juges s'arrête devant la forme extérieure de l'acte. Le marché à terme, par sa forme même, reste un obstacle infranchissable au droit d'interprétation du juge, à moins qu'une

clause formelle n'interdise aux parties l'exécution effective de l'opération. Quand il a plu à l'une des parties de porter le procès devant une juridiction pénale, la situation devient entièrement différente. Le juge peut présumer la fraude, peut dépouiller l'acte de sa forme, et non seulement dire qu'il ne répond pas à sa forme, mais déclarer qu'il est fictif et inculper d'escroquerie l'auteur de ce contrat.

52. — C'est là certainement une des conséquences imprévues de la loi de 1885, et la revanche prise par le juge prétorien qui ne veut pas s'incliner devant la disposition exorbitante de droit commun qui lui interdit d'interpréter les actes. C'est là peut-être le sens profond de cette évolution qui s'est faite en matière de contrat direct.

Le pouvoir du juge en matière de contrat direct est d'autant plus considérable qu'en réalité, il n'est pas lié même par un règlement intervenu entre les parties.

L'article 543 du code de procédure, qui n'ouvre de recours contre un compte arrêté que dans des cas nettement limités, ne reçoit plus son application. Il suffit, en effet, de dire que le règlement n'est pas intervenu en connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissance de la manœuvre frauduleuse, pour qu'immédiatement le juge se trouve libéré de la né-

cessité de tenir compte des règlements déjà effectués (Voir Tchernoff et Delhay, *Opérations de Bourse devant la Justice pénale*, l'exposé de la nouvelle tendance de la cour de cassation en matière de règlement).

IX

Le budget de 1912 et la réorganisation de la Bourse des marchandises.

53. — La jurisprudence que nous avons exposée s'applique aussi bien à la Bourse des marchandises qu'à la Bourse des valeurs. Mais pour la Bourse des marchandises, la loi du budget de 1912 a édicté de nouvelles dispositions qui sont ainsi conçues :

« Les courtiers et les commissionnaires, et toutes autres personnes faisant commerce habituel de recueillir des offres et des demandes relatives à des marchés à terme ou à livrer de marchandises et denrées dont le trafic à livrer est réglementé dans les Bourses de commerce, doivent tenir un répertoire où sont consignées les opérations d'achat ou de vente à livrer ou à terme, traitées aux conditions intégrales des règlements établis dans les dites Bourses. Le répertoire ci-dessus prescrit doit être coté et paraphé par le président du tribunal de commerce ». La même loi contient la disposition suivante : « Quiconque ne s'occupe pas professionnellement de l'achat ou de la vente des marchandises et denrées dont le trafic à li-

vrer est réglementé dans les Bourses de commerce, ne peut traiter de marché à terme sur ces marchandises et denrées, aux conditions intégrales des règlements établis dans lesdites Bourses, que par l'entremise d'un courtier ou d'un commissionnaire restant soumis aux obligations qui dérivent de la qualité d'un mandataire. Toutes opérations d'achat ou de vente faites contrairement aux prescriptions du paragraphe précédent sont nulles et ne peuvent engendrer aucun lien de droit » (Voir sur cette loi un article de M. Tchernoff dans l'*Information*, lundi 18 mars 1912).

54. — La lecture superficielle de ce texte permettrait de croire que le contrat direct se trouvait ainsi limité par la nécessité de ne laisser traiter certaines opérations que par des spéculateurs professionnels. La vérité est qu'il n'y a aucun rapport entre le texte qui vient d'être cité et les dispositions restrictives de la jurisprudence en matière de contrat direct. Le texte vise la situation suivante :

Un marché peut-il être fait aux conditions intégrales d'une Bourse, ou peut-il y déroger ? Il est fait aux conditions intégrales quand il reproduit toutes les clauses en usage dans une Bourse déterminée ; mais il peut aussi y déroger en y introduisant une modification partielle. Les marchés qui sont faits aux conditions intégrales d'une Bourse jouissent d'un bénéfice ;

ils sont admis au bénéfice de la spéculation par la voie de la filière ; ils peuvent être admis au bénéfice des caisses de liquidation là où il en existe. Les marchés, au contraire, qui apportent des dérogations partielles restent valables, mais ne bénéficient pas des facilités de la spéculation par voie de filière ou de la caisse de compensation. Ceux qui veulent bénéficier de ces avantages sont astreints à la tenue d'un répertoire. Cette tenue est prescrite pour permettre au gouvernement d'exercer un contrôle sur l'importance du mouvement de hausse ou de baisse ou sur les causes plus ou moins artificielles d'une crise. C'est, en réalité, une mesure de précaution contre l'accaparement. Rien ne vise dans ces dispositions le contrat direct. Ceux qui, voulant opérer aux conditions intégrales d'une Bourse, ne sont pas astreints à la tenue d'un répertoire, doivent passer par l'intermédiaire de ceux qui sont assujettis à cette obligation. Voilà tout ce que veut dire la loi. Les uns et les autres peuvent traiter par voie de mandat ou par contrat direct.

BIBLIOGRAPHIE

- P. DE CÉNAC. — La loi du 28 mars 1885 et la convention de contrat direct, 1911.
- A. COURTOIS ET E. VIDAL. — Traité des opérations de Bourse et de change, 1910.
- E. DELOISON. — Traité des valeurs mobilières, 1890.
- A. DREYFUS. — Du commissionnaire en Bourse et en marchandises, et de la contre-partie (*Annales du droit commercial*, 1898, p. 201 et suiv.).
- E. GUILMARD. — Le contrat direct, le marché financier et l'épargne, 1911.
- L. LACOUR. — Le commissionnaire contre-partiste en Bourse et la jurisprudence, 1908.
- CH. LYON-CAEN ET RENAULT, professeurs agrégés à la faculté de droit de Paris. — Traité de droit commercial, tome IV.
- N. SALZEDO. — La coulisse et la jurisprudence, 1882.
- E. THALLER, professeur agrégé à la faculté de droit de Paris. — Traité élémentaire de droit commercial, 2^e édition.
- J. TCHERNOFF. — Les marchés à terme et le report direct devant les tribunaux, 1912.
- J. TCHERNOFF ET E. DELHAY. — Les opérations de Bourse devant la justice pénale.

- A. WAHL, professeur agrégé à la faculté de droit de Paris.— Note sous Cassation requête, 21 avril 1902, Sirey, 1903, 1, 209.
— Notes sous jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 11 janvier et du 12 novembre 1902.
— Note sous arrêt de Cassation, 31 mai 1897, Sirey, 1898, 1, p.497.
— Notes sous arrêt de la Cour de Paris, du 17 mars 1896 et 29 janvier 1897, Sirey, 1898, 2, p. 121.
A. WALDMAN. — La profession d'agent de change, 1910.

Revues à consulter :

Annales commerciales, par M. E. Thaller.
Droit financier.
Revue pratique des opérations de Bourse.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu :

Le Président de la thèse,
ALBERT WAHL.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur :

L'Inspecteur d'Académie,

ISTRIA.

TABLE DES MATIÈRES

N°	Pages
1. — La crise du contrat direct	1
2. — Les causes de cette crise. — Préoccupations d'équité et de protection du joueur non professionnel.	1
3. — L'intervention répressive de l'Etat est-elle nécessaire ?	2
4. — L'organisation de la Bourse n'a pas pour objet d'assu- rer le libre jeu de la loi de l'offre et de la demande . . .	5
5. — La lutte contre le contrat direct est la conséquence de la lutte entre le marché libre et le marché organisé .	7
6. — Le retour offensif contre le contrat direct sur le ter- rain civil et pénal	9
7. — Le banquier est considéré avant tout comme intermé- diaire	11
8. — La validité des contrats directs au point de vue civil.	14
9. — Le nouveau rôle du mandataire commissionnaire du- croire.	18
10. — Le mandat substitué dans la pratique actuelle. . .	20
11. — Le mandat actuel implique rarement un lien entre trois personnes.	22
12. — Le contrat direct et la loi de 1885	23
13. — Le contrat direct dans les travaux préparatoires de la loi de 1885. — Les marchés différentiels devant la loi de 1885	25
14. — Les règlements différentiels dans les contrats directs.	30
15. — Les clauses dites inconnues	31
16. — La différence de la spéculation du jeu dans les tra- vaux préparatoires de la loi de 1885.	32

N°	Pages
17. — Criterium juridique du jeu et de la spéculation . . .	35
18. — Dérogation au droit commun en ce qui concerne le rôle du juge	37
19. — Toute négociation ayant revêtu la forme de marché à terme est protégée par une présomption de validité. .	39
20. — La jurisprudence pour les marchés à terme	43
21. — Extension de la présomption de la loi de 1885 au contrat direct	44
22. — Le rapport de M. Crépon devant la Cour de cassation	48
23. — La jurisprudence	49
24. — Le contrat direct et les usages de la Bourse en ce qui concerne l'exécution effective des opérations de Bourse.	50
25. — Le contrat direct et le droit commun.	51
26. — Confusion entre la conception économique et la conception juridique de l'effectivité dans l'exécution des obligations.	55
27. — Les opérations de Bourse et le droit commun. . .	56
28. — Le report et la liquidation centrale.	58
29. — La protection des intéressés dans l'application stricte du droit commun.	60
30. — Les traits caractéristiques du contrat direct. . . .	62

Le report en matière de contrat direct.

31. — La validité du report en matière de contrat direct .	64
32. — La jurisprudence de la 9 ^e chambre d'appel de Paris.	65
33. — Le report n'implique ni intervention d'un tiers ni mouvement de fonds et de titres.	68
34. — La jurisprudence de la Cour de cassation.	72
35. — Extension de la loi de 1885 au report en matière de contrat direct.	74
36. — L'arrêt de la Cour de cassation de 1912	75

Le contrat au comptant différé.

N°	Pages
37. — La structure du contrat.	81
38. — Evolution de la jurisprudence en matière de comptant différé. Premier système.	86
39. — Deuxième système	91
40. — Discussion doctrinale de la validité du contrat au comptant différé	97
41. — La contre-partie indirecte et le mandat substitué. .	103
42. — Opinion doctrinale	106
43. — Evolution de la jurisprudence. — Deuxième système.	111
44. — Les valeurs officielles et la contre-partie.	121
45. — L'arrêt de la Cour de cassation de février 1910. . .	122
46. — La contre-partie et les bordereaux d'application . .	124
47. — La contre-partie et les négociations sur la rente . .	127

**Les effets de la loi de 1885 sur l'évolution de la
jurisprudence en matière de délit de
contre-partie occulte.**

48 — Le contre-coup de la loi de 1885 sur le délit de contre- partie occulte.	131
49. — Délit de contre-partie occulte comme manœuvre frau- duleuse.	135
50. — Délit de contre-partie occulte comme prise de fausse qualité	137
51. — Le contrat direct comme manœuvre frauduleuse . .	139
52. — Recrudescence de répression en matière de contrat direct comme suite de la présomption de validité de la loi de 1885	141
53. — La réorganisation de la Bourse de marchandises . .	143
54. — Elle est sans application sur le contrat direct. . .	144

La Rochelle, Imprimerie Nouvelle Noël Texier.

